Die Haftung des Hintermanns bei der Strohmann - GmbH

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Florian Müller
aus Pullach bei München

1972

Die Haftung des Hintermanns bei der Strohmann - GmbH

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Florian Müller

aus Pullach bei München

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 5.7.1972
Dekan: Prof.Dr.rer.pol. Rudolf Richter
Erstberichterstatter: Prof.Dr.jur. Josef Wolany
Zweitberichterstatter: Prof.Dr.jur. Fritz Brecher

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Schrifttumsnachweise XII
Abkürzungsverzeichnis XIX

E I N L E I T U N G

GRUNDBEGRIFFE IM ZUSAMMENHANG MIT DEM THEMA, TYPISIERUNG DER GRÜNDUNGSSACHVERHALTE, MOTIVE FÜR DIE GRÜNDUNG EINER STROHMANN-GMBH UND BESTANDSKRAFT DES GRÜNDUNGSAKTES

A. Grundbegriffe im Zusammenhang mit dem Thema 1

I. Allgemeines 1

II. Begriff des Strohmanns 2

1. Überblick über die bestehenden ..... Definitionen 2

a) Strohmann und mittelbare Stellvertretung 2

b) Strohmann und Treuhandschaft 4

2. Kritische Stellungnahme 5

a) Strohmannschaft und Treuhandschaft 5

(1) Vorbemerkung 5
(2) Zum Begriff der Treuhandschaft 6
(a) Engere Auffassung 6
(b) Weitere Auffassung 7
(c) Eigener Standpunkt 8
(d) Ergebnis 9

b) Strohmannschaft und mittelbare Stellvertretung 10

(1) Problemstellung 10
(2) Blick auf die Systematik der Stellvertretung 11

Seite

(3) Sprachliche Bedeutung des Wortes Strohmann 12
(4) Ergebnis 12a

3. Eigene Definitionen 13

B. Typisierung der Gründungssachverhalte 14

C. Motive für die Gründung einer Strohmann-GmbH 15

I. Motive außerrechtlichen Ursprungs 15

II. Motive rechtlichen Ursprungs (Gesetzesumgehung) 16

1. Blick auf Begriff und Handlungsformen der Gesetzesumgehung 16

2. Beispiele 17

a) Verfassungsrecht 17
b) Firmenrecht 17
c) Hinweis auf das Gesellschaftsrecht 17

D. Bestandskraft des Gründungsaktes 18

I. Die Strohmann-GmbH in rechtsethischer Sicht 18

II. Zulässigkeit verdeckter Stellvertretung bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages . 21

III. Strohmann-GmbH und Scheingeschäft 23

1. Zum Begriff der Simulation 23
2. Subjektive Simulation und Strohmann-GmbH 24

IV. Strohmanngründung und Gesetzesumgehung .. 25

1. Zur Dogmatik der Gesetzesumgehung 25

a) Ansatzpunkt 25
b) Dogmatische Einordnung 25

Seite

2. Strohmann-GmbH und Normanwendung 27

E R S T E R A B S C H N I T T

HAFTUNG DES HINTERMANNS GEGENÜBER DEM STROHMANN

A. Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage .. 29

I. Rechtsnatur der vertraglichen Beziehungen zwischen Strohmann und Hintermann 29

1. Entgeltliche Geschäftsbesorgung 29
2. Unentgeltliche Geschäftsbesorgung 30

II. Die Pflichten des Hintermanns 30

B. Haftung auf gesetzlicher Grundlage 32

Z W E I T E R A B S C H N I T T

HAFTUNG DES HINTERMANNS GEGENÜBER DEN GESELLSCHAFTSGLÄUBIGERN

E R S T E R T E I L

HAFTUNG VOR EINTRAGUNG DER GMBH IN DAS HANDELSREGISTER

Vorbemerkung 33

ERSTES KAPITEL

DAS AUSSENVERHÄLTNIS DER VOR-GMBH 35

A. Begriff der Vorgesellschaft 35

B. Haftung der Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG 36

I. Ausgangslage nach dem Gesetz 36

II. Darstellung des Streitstandes 37

1. Wandel der herrschenden Meinung 37

Seite

a) § 11 Abs. 2 GmbHG als Anwendungsfall der Grundsätze über die Vertretung ohne Vertretungsmacht 37

b) § 11 Abs. 2 GmbHG als Strafbestimmung 37

c) Heute herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur 38

(1) Rechtsprechung 38

(2) Literatur 39

2. Gegenstimmen 42

III. Zusammenfassung 43

ZWEITES KAPITEL

KRITISCHE STELLUNGNAHME UND EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG

A. Vorbemerkung 43

B. Blick auf Ziel und Kriterien der Gesetzesauslegung 44

I. Ziel der Auslegung 44

1. Subjektive Theorie 44

2. Objektive Theorie 44

3. Eigener Standpunkt 45

II. Auslegungskriterien 46

1. Grammatikalische Auslegung 47

2. Systematische Auslegung 47

3. Teleologische Auslegung 48

C. Auslegung des § 11 Abs. 2 GmbHG 48

I. Grammatikalische Auslegung 48

II. Systematische Auslegung 49

1. Ausgangspunkt: Gesamtkomplex Vorgesellschaft 49

Seite

2. Gesetzliche Regelung der Vorgesellschaft 49

3. Stand der Meinungen zum Problem Vorgesellschaft 51

a) Subjektwechseltheorie 51
(1) Grundform 51
(2) Abwandlung 52

b) Identitäts- oder Einheitstheorie ... 53
(1) Uneingeschränkte Form 53
(2) Abwandlung durch die herrschende Meinung 54

4. Eigene Stellungnahme (Auslegung der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG) 56

a) Vorbemerkung 56
b) Grammatikalische Auslegung 57
c) Systematische Auslegung 58
(1) Ausgangspunkt 58
(2) Verhältnis der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG zu §§ 13 GmbHG und 1 Abs. 1 AktG aus der Sicht der dualistischen Lehre .. 59
(3) Verhältnis der §§ 11 Abs.1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG zu §§ 13 GmbHG und 1 Abs. 1 AktG aus der Sicht der Lehre von der relativen Rechtsfähigkeit 60
(4) Zur Vereinbarkeit der relativen Rechtsfähigkeit mit dem geltenden Recht 62
(5) Zur Teil-Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände 63
(a) Eigene Vermögenszuständigkeit 63
(b) Mangel an ausschließlicher Haftungsfähigkeit 68
(6) Ergebnis 71
d) Teleologische Auslegung 73
(1) Vorbemerkung 73

Seite

(2) Zweck der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG aus der Sicht des historischen Gesetzgebers 74

(3) Blick auf die weitere Entwicklung der Verhältnisse 77

e) Zusammenfassung 78

5. Bedeutung der §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG aus der Sicht der hier vertretenen Meinung von der Teil-Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände 80

a) Ablehnung der bisherigen Auffassungen 80

(1) Herkömmliche Meinungen 80

(2) Meinung Büttners 81

b) Theoretisch denkbare Lösung 83

III. Teleologische Auslegung 84

D. Folgerungen für die Strohmannsachverhalte 88

Z W E I T E R T E I L

HAFTUNG NACH EINTRAGUNG DER GMBH IN DAS HANDELSREGISTER

Vorbemerkung 91

ERSTEL KAPITEL

DAS AUSSENVERHÄLTNIS DER EINGETRAGENEN GMBH 92

A. Ausgangslage nach dem Gesetz 92

B. Stand der Meinungen 93

I. Vorbemerkung: Hintergrund und Bedeutung des Haftungsdurchgriffs 93

II. Rechtsprechung 98

III. Literatur 103

Seite

1. Herrschende Meinung 103

2. Neue Lösungsversuche 103

a) Objektive Theorie 104
(1) Ausgangspunkt 104
(2) Konstruktive Durchführungen .. 105

b) Subjektive Theorie 110
(1) Sericks richtungsweisende Ansätze 112
(2) Weitere Ausformung durch Kamm 112

c) Zusammenfassung 113

ZWEITES KAPITEL

KRITISCHE STELLUNGNAHME UND EIGENE LÖSUNG

A. Ausgangspunkt 114

B. Zum Problem der Rechtsergänzung 117

I. Begriff und Arten der Gesetzeslücke 117

II. Ausfüllung der Gesetzeslücken 119

1. Offene Lücken 119
2. Verdeckte Lücken 120

C. Lückenhaftigkeit des Aktiengesetzes und GmbH-Gesetzes in bezug auf die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten 120

I. Lückenhaftigkeit des Aktiengesetzes 121

1. Offene Lücke 121

a) Auslegung des § 62 AktG 121

b) Auslegung des § 117 AktG 122
(1) Bestimmung des "Täterkreises" und Begriff des Schadens 122
(2) Handeln zum Nachteil der Gesellschaft 124

Seite

(a) Versuch einer extensiven Auslegung unter Heranziehung der BGH-Rechtsprechung zur Haftung bei Nachkommenschaftsschäden 124

(b) Extensive Auslegung auf der Grundlage eines eigenständigen Begriffs der Gesellschaft i.S. des § 117 AktG 127

(3) Bestimmung des beeinflußten Personenkreises 133

c) Zusammenfassung 136

2. Verdeckte Lücke 139

a) Vorbemerkung 139

b) Bedeutung der Normgruppen über Aufbringung und Sicherung des Grundkapitals 139

(1) Zusammenhang mit dem Wesen der AG als voll-rechtsfähiger Körperschaft 139

(2) Verbindung mit der Funktion des Gesellschaftsvermögens 142

c) Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Rechts 145

3. Zusammenfassung 149

II. Lückenhaftigkeit des GmbHG 151

1. Haftung infolge unlauterer Einflußnahme auf die Gesellschaft 151

2. Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung 153

D. Folgerungen für die Strohmannsachverhalte ... 157

Seite

D R I T T E R A B S C H N I T T

HAFTUNG DES HINTERMANNS GEGENÜBER DER GMBH

Vorbemerkung 159

ERSTES KAPITEL

DAS INNENVERHÄLTNIS DER GMBH 160

A. Grundzüge der gesetzlichen Regelung 160

I. Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage 160
1. Stammeinlageverpflichtung 160
2. Fakultative Verpflichtungen 163
a) Nachschußpflicht 163
b) Nebenleistungs- oder Sonderpflichten 165

II. Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung 165

III. Deliktische Haftung 168
1. Haftung der Anmelder 168
2. Haftung nach § 826 BGB 171

B. Darstellung des Streitstandes 171

I. Rechtsprechung 171

II. Literatur 173
1. Vorbemerkung 173
2. Herrschende Meinung 174
3. Gegenstimmen 176
a) Deliktische Haftung 176
b) Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage 179

Seite

c) Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung .. 180

ZWEITES KAPITEL

KRITISCHE STELLUNGNAHME UND EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG

A. Vorbemerkung 183

B. Ergänzung des GmbHG in bezug auf die Haftung des Hintermanns gegenüber der Gesellschaft . 184

I. Deliktische Haftung 184

1. Haftung der Anmelder 184

a) Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung 184
(1) Gesamtkonzeption des Gesetzes 184
(2) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung 187

(a) Bedürfnis nach tatbestandsmäßiger Erweiterung 187
(b) Bedürfnis nach personeller Erweiterung der Haftung nach § 9 GmbHG 189

b) Ausfüllung der Lücke 191

2. Haftung nach § 826 BGB 192

II. Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage 194

1. Lücken-haftigkeit der gesetzlichen Regelung betreffend die Haftung für die Stammeinlage 194

a) Gesamtkonzeption des Gesetzes 194
b) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung 201
c) Ausfüllung der Lücke 201

Seite

2. Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung betreffend die Haftung für Nachschüsse 204
a) Gesamtkonzeption des Gesetzes 204
b) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung 206

3. Nebenleistungs- oder Sonderpflichten 207

III. Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung 207

1. Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung 207

a) Auslegung des § 31 GmbHG 207
(1) Grammatikalische Auslegung ... 208
(2) Systematische Auslegung 208

b) Zwischenergebnis 210

c) Gesamtkonzeption des Gesetzes 212

d) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung 215

2. Ausfüllung der Lücke 216

Schrifttumsnachweise

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 1870.

Ballerstedt, Zur Rechtsstellung des Auftraggebers eines Strohmanns nach GmbH-Recht, JZ 1960, 513 ff.

-, Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 18.10.1950, GmbH Rdsch 1951, 28.

Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Kurzkommentar, 18. Auflage, 1968.

Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, Kurzkommentar, 12. Auflage, 1964.

-, Gesetz betr. die Gesellschaften mbH. Kurzkommentar, 12. Auflage, 1966.

Beitzke, Besprechung von Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, JZ 1956, 40.

Breit, Scheingründung, Strohmanngründung und die bereits als Einmanngesellschaft entstehende Gesellschaft mbH, ZBH 1933, 25 ff.

Brodmann, Gesetz betreffend die Gesellschaften mbH. Kommentar. Band I des Gewerbe- und Industrie-Kommentars, 1924.

Büttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen. Schriften zum deutschen u. europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Band 44, 1967.

Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, 1936.

Crisolli, Scheingründungen und Mantelverwertung, JW 1934, 936 ff.

Dregger, Haftungsverhältnis bei der Vorgesellschaft von AG, GmbH, Genossenschaft und Verein, 1951.

-, Haftung des Gesellschafters einer am Geschäftsverkehr teilnehmenden Vor-GmbH, GmbH Rdsch 1952, 185.

Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften. Arbeiten zur Rechtsvergleichung. Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Hamburg, IV. Bd., 1959.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl., 1965.

Engisch, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., 1959.

Erlinghagen, Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbH Rdsch 1962, 169 ff.

Ermann, Zur Haftung der Hintermänner überschuldeter Gesellschafter, KTS 1959, 128 ff.

Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, 1963.

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2.Bd. Das Rechtsgeschäft, 1965.

Freese, Haftungsprobleme der Einmann-GmbH, NJW 1956, 283 ff.

Friedrich, Anmerkung zu einer Entscheidung des RG vom 16.10.1937, DJ 1938, 603.

Gareis-Fuchsberger, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1891.

Gesetzentwurf, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Drucksache des Reichstags. 8. Legislaturperiode. - I. Session 1890/92, Nr. 660.

Gierke, J.v., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 8. Aufl., 1958.

Godin-Wilhelmi, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30.1.1937. Kommentar. 2. Aufl., 1939.

Großkommentar zum Aktiengesetz
Begründet von Gadow, Heinichen u.a., Erster Band: §§ 1 - 144. Zweite, neubearbeitete Aufl., 1961.

Grussendorf, Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 18.10.1950, DNotZ 1951, 222.

Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Erster Band, §§ 1 - 34, 6. Aufl., 1959.

Herbig, Über die Gründung von Kapitalgesellschaften mit Strohmännern, DFG 1936, 85 ff.
-, Anmerkung zu dem Beschluß des LG Berlin vom 17.5. 1935, DJ 1936, 466.

Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 1960.

Kamm, Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften - nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des schweizerischen und französischen Rechts - . Dissertation Genf, 1967.

Kamprad, Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdeckte Stammeinlagen. Heft 18 der Schriftenreihe Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, 1968.

Klein, Der Strohmann im Privatrecht. Hamburger Diss., 1932.

Kreifels, Haftungsfragen bei der Einmann-GmbH, GmbH Rdsch 1956, 81.

Kronstein, Die abhängige juristische Person, 1931.

Kuhn, Strohmanngründungen bei Kapitalgesellschaften. Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 10, 1964.

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. 9. Aufl., 1968.
-, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960.

Laufs, Haftung für Nachkommenschaftsschäden, NJW 1965, 1053 ff.

Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 15. Aufl., 1966.

Maunz-Dürig, Grundgesetz. Kommentar, 1958 ff.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905.
-, Deutsches Handelsrecht. 2. und 3. Auflage, 1928.
-, Zwei Beiträge zur Interessenjurisprudenz, Iherings Jahrbücher, Bd. 73, 135 ff.

Müller-Freienfels, Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1937) S. 522 ff.

Palandt, Kurzkommentar zum BGB. 29. Aufl., 1970.

Paulick, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, zugleich ein Beitrag zur Typenlehre im Gesellschaftsrecht, 1954.

Pleyer, Haftung vor Eintragung der GmbH im Handelsregister, GmbH Rdsch 1961, 127 ff.
-, Zur Haftung bei unterkapitalisierter Strohmanngesellschaft, GmbH Rdsch 1963, 206 ff.
-, Zur Haftung bei einer Strohmann-GmbH., Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.12.1959, GmbH Rdsch 1960, 44.

Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. I. 4. Aufl., 1893.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. 11 Aufl., 1959.

Reinhardt, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag. II. Bd., 1956, S. 576 ff.

Reinicke, G. und D., Die Gründung einer Einmann-GmbH, DB 1951, 301.

Ritter, K. und J., AktG mit Einführungsgesetz, 2. Aufl., 1939.

Schilling, Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen mbH, JZ 1953, 161 ff.

Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz. Kommentar. 3. Aufl., 1939.

Schless, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand. Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 66, 1931.

Schmidt, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.12.1952, JZ 1953, 308.

Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrecht. V. Band, 1. Abt. 1928.

Schönle, Die Einmann- und Strohmanngesellschaft, 1957.
-, Rechtsprobleme der Gründung einer Strohmann-GmbH, GmbH Rdsch 1960, 17.
-, Bemerkungen zu BGHZ 31, 258, GmbH Rdsch 1960, 63.

Scholz, Kommentar zum GmbHG. 4. Aufl., 1960.
-, Die Haftung des Handelnden in der Vor-GmbH, GmbH Rdsch 1956, 3 ff.
-, Die Haftung der Gründergesellschaft, JW 1938, 3149.

Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Eine handelsrechtliche Untersuchung, 1925.

Schultze-v.Lassaulx, Die unechte Vorgesellschaft, JZ 1952, 390.

-, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.6.1955, MDR 1955, 729.

Schumann, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, 1956.

Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, 1955.

Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem. Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- u.Landwirtschaftsrecht, Bd. 68, 1933.

-, Einmann-GmbH und Strohmanngründung, BB 1954, 417 ff.

-, Anmerkung zu RGZ 133, 84 JW 1931, 3105.

Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB. 10. Aufl., 1968.

Sonnenberger, Das Darlehen des GmbH-Gesellschafters als Mittel der Gesellschaftsfinanzierung. NJW 1969, 2033 ff.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 11. Auflage, 1954.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Band (§§ 178 - 342 HBG). 12./13. Aufl., 1926.

Stoll, Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, S. 49 ff.

Teichmann-Koehler, Aktiengesetz vom 30.1.1937. Gesetz über die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Kommentar. 2.Aufl., 1939.

Toussanit, Haftungsdurchgriff bei der Einmanngesellschaft. Diss. Kiel, 1961.

Unger, Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers. KTS 1959, 33 ff.

Vogel, GmbH-Gesetz. Kommentar. 2. Aufl., 1956.

Wieland, Handelsrecht. Erster Band, 1921.

Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH. Heft 10 der Schriftenreihe Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, 1964.

Wolf-Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen. 1955.

Würdinger, Aktienrecht. Eine systematische Darstellung, 1959.

Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH. Veröffentlichungen der Wirtschaftshochschule Mannheim, Reihe 2: Reden. Heft 13, 1966.

Zezschwitz, Gleichstellung der juristischen Person mit der dahinterstehenden natürlichen Person bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Diss. München, 1939.

Abkürzungsverzeichnis

A.A. bzw. a.A.	anderer Ansicht
AaO., bzw. aaO.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft
AKommG	Kommanditgesellschaft auf Aktien
AktG	Aktiengesetz
AntG	Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
BB	Betriebsberater
Bestr. bzw. bestr.	bestritten
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
DB	Der Betrieb
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH Rdsch	Rundschau für GmbH
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HWBdRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaften
Iher Jb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
l.Sp.	linke Spalte
LM	Lindenmaier-Möhring u.a., Nachschlagewerk des BGH
LöschG	Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
r.Sp.	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungssammlung des RG in Zivilsachen
Vgl. bzw. vgl.	Vergleiche
VerglO	Vergleichsordnung
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht u.Wirtschaftsrecht
ZNotV	Zeitschrift des Deutschen Notar Vereins
ZPO	Zivilprozeßordnung

E I N L E I T U N G

GRUNDBEGRIFFE IM ZUSAMMENHANG MIT DEM THEMA, TYPISIERUNG DER GRÜNDUNGSSACHVERHALTE, MOTIVE FÜR DIE GRÜNDUNG EINER STROHMANN-GMBH UND BESTANDSKRAFT DES GRÜNDUNGSAKTES

A. Grundbegriffe im Zusammenhang mit dem Thema

I. Allgemeines

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der Haftung des Hintermanns bei der Strohmann-GmbH. Bevor sie sich diesem Thema zuwenden kann, müssen die Begriffe Strohmann und Hintermann rechtlich eingeordnet werden.

Diese Art der Darstellung empfiehlt sich aus verschiedenen Überlegungen:

Zunächst sind die genannten Begriffe gesetzlich nicht definiert, mit der Folge, daß sie sehr unterschiedlich bestimmt und verwendet werden. Versäumt man es, eine gesicherte Ausgangsposition zu schaffen, besteht die Gefahr, bei der Behandlung der Haftungsfragen ohne festen Bezugspunkt, sozusagen im luftleeren Raum zu operieren. Dazukommt, daß die Strohmann-GmbH "im Schnittpunkt mehrerer methodischer und dogmatischer Grundfragen des allgemeinen Zivilrechts, des Gesellschaftsrechts und des Wirtschaftsrechts"[1] steht und sich daher der im allgemeinen Zivilrecht wurzelnde Begriff des Strohmanns als Ausgangspunkt anbietet. Ein Versuch, die vielschichtige Problematik der Strohmann-GmbH nicht von hier aus anzugehen, verfängt sich nur allzuleicht in einem "spezialgesetzlichen Provinzialismus", der den Blick für eine an den allgemeinen Gedanken des Zivilrechts orientierte Lösung verbaut.

---

1) Kuhn, Strohmanngründungen bei Kapitalgesellschaften, S. 1.

Auch zur Reihenfolge, in der die genannten Begriffe hier untersucht werden sollen, muß noch ein Wort gesagt werden:

Strohmann und Hintermann sind Begriffe, die in enger Wechselbeziehung stehen und erst durch ihre Stellung zueinander in ihrer vollen Bedeutung erfaßt werden können. Im allgemeinen wird zunächst der Strohmann rechtlich charakterisiert und anschließend zum Hintermann in Beziehung gesetzt. Da bei einer Koppelung von Begriffen, wie sie hier vorliegt, dem Ausgangspunkt systematisch keine besondere Bedeutung zukommt, kann diese Methode ohne Bedenken übernommen werden.

Sind Strohmann und Hintermann als die zentralen Figuren im Zusammenhang mit dem Thema in ihrer rechtlichen Stellung gesichert, so ist damit auch der Weg für die Einordnung der Strohmann-GmbH geebnet.

II. Begriff des Strohmanns

1. Überblick über die bestehenden Definitionen

Wie bereits erwähnt, ist der Begriff des Strohmanns gesetzlich nicht festgelegt. Die Doktrin war daher gezwungen, ihn mit anderen, geläufigen Rechtsinstituten in Beziehung zu bringen und gegen sie abzugrenzen. Als Bezugspunkte dienen in aller Regel die Rechtsinstitute mittelbare Stellvertretung und Treuhandschaft.

a) Strohmann und mittelbare Stellvertretung

Nach ganz allgemeiner Meinung ist der Strohmann mittelbarer (indirekter) Stellvertreter.[2)]

---

2) So u.a. Lehmann-Hübner, Allg. Teil des BGB, S. 305; Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. S. 20, 2b, bb; Soergel-Siebert, Anm. 16 vor § 164, Palandt-Danckelmann, Anm. 1, Einf. vor § 164. Von der speziell gesellschaftsrechtlichen Literatur u.a. Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 2 E zu § 2; dieselben, AktG, Anm. 3 zu § 2, Kuhn, aaO., S. 92.

Da die mittelbare Stellvertretung übereinstimmend[3] als rechtsgeschäftliches Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung definiert wird, ist damit für den Strohmann bereits eine erste rechtliche Einordnung gewonnen. Während die fast einhellige Meinung die Strohmannschaft ohne jeden Zusatz als einen Anwendungsfall der mittelbaren Stellvertretung bezeichnet, nimmt Klein[4] eine Differenzierung vor. Für ihn ist "Strohmann der mittelbare Stellvertreter, der ein Gesetz oder einen Vertrag umgehen oder einen anderen vor der Öffentlichkeit oder gegenüber bestimmten Personen verdecken soll."[5] Der "Täuschungszweck der Strohmannschaft,"[6] den Klein bereits aus dem Namen ableitet,[7] macht sie zu einem "Unterfall der mittelbaren Stellvertretung."[8] Obwohl die Parteien bei Gesetzes- und Vertragumgehungen den Sachverhalt durchaus nicht immer zu verbergen suchen,[9] das "Moment der Versteckheit" also fehlen kann, wird - so Klein - "zutreffend von einer Strohmannschaft gesprochen. Die betrügerische Absicht richtet sich in diesem Fall nicht gegen dritte Personen, sondern gegen das Gesetz selbst."[10]

---

3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, § 179 mit weiteren Nachweisen und Palandt-Danckelmann, aaO., Anm. 1.

4) Klein, Der Strohmann im Privatrecht. Hamburger Dissertation 1932.

5) AaO., S. 21, Hervorhebung vom Verfasser.

6) Klein, aaO., S. 7.

7) "Wie der Strohmann im natürlichen Leben eine aus Stroh hergestellte Puppe ist, die den Tieren die Anwesenheit eines Menschen vortäuschen soll, ist auch der im Rechtsverkehr auftretende Strohmann bestimmt, über die Person des wahren Rechtsträgers zu täuschen." AaO., S. 7.

8) Klein, aaO., S. 16.

9) Klein (aaO., S. 7) nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich den Fall der Strohmann-GmbH.

10) Klein, aaO., S. 7.

Auch für die herrschende Meinung ist der Strohmann eine etwas zwielichtige Erscheinung; hier dient jedoch die "Verdunkelungsfunktion" dazu, den Strohmann vom "offen handelnden" Treuhänder abzugrenzen.

b) Strohmann und Treuhandschaft

Während die Strohmannschaft ganz allgemein als mittelbare Stellvertretung aufgefaßt wird, ist streitig, ob sie gleichzeitig auch der Treuhandschaft zugerechnet werden kann.

Die herrschende Meinung, die auf die obligatorische Treubindung abstellt, bejaht diese Frage[11] und bezeichnet den Strohmann als "Treuhänder besonderer Art".[12] Die Besonderheit wird übereinstimmend darin gesehen, daß der Strohmann als "vorgeschobene Person" seine "Treuhänderschaft verheimlicht",[13] und zwar "in der Regel ... zu von der Rechtsordnung mißbilligten Zwecken".[14] Daß bei Verwendung von Strohmännern häufig unlautere Motive mit im Spiele sind, klingt auch in der Formulierung "vorgeschobene Person" an.[15] Die Gegenmeinung, die die Rechtsmacht am Treugut in den Vordergrund stellt, setzt den Strohmann vom Treuhänder ab.[16]

---

11) Lehmann-Hübner, aaO., S. 258; Flume, aaO., Soergel-Siebert, Anm. 9 zu § 117, Staudinger-Coing, Anm. 8 zu § 117, Palandt-Danckelmann, Anm. 3, Einf. vor § 164. Nachweise zum speziell gesellschaftsrechtlichen Schrifttum bei Kuhn, aaO., S. 103, Fußnote 96.

12) So ausdrücklich Soergel-Siebert, aaO.

13) So ausdrücklich Lehmann-Hübner und Palandt-Danckelmann, jeweils aaO.

14) Flume, aaO.; ähnlich Staudinger-Coing, Anm. 8 zu § 117.

15) Vgl. Lehmann-Hübner, aaO., S. 258; RGRK, Anm. 5 zu § 117; ähnlich auch Staudinger-Coing, aaO. und Soergel-Siebert, aaO.

16) So - wenn auch sehr vorsichtig formuliert - Enneccerus-Nipperdey, aaO., § 179 IV 1; sehr viel schärfer Soergel-Siebert-Schultze-von Lasaulx, Anm. 26 zu § 164, Weitere Nachweise bei Kuhn, aaO., S. 103, Fußnote 95.

2. Kritische Stellungnahme

a) Strohmannschaft und Treuhandschaft

(1) Vorbemerkung

Schon an früherer Stelle wurde die Notwendigkeit betont, den Gegenstand der Untersuchung von gesicherten Grundbegriffen her anzugehen. Da mit der unangefochtenen Charakteriesierung des Strohmanns als mittelbarer Stellvertreter bereits eine Einordnung in die allgemeine zivilrechtliche Systematik gegeben ist, mag es vielleicht als zweitrangig und unwesentlich erscheinen, ob der Strohmann zugleich auch als Treuhänder anzusehen ist. So schreibt z.B. Kuhn,[17] daß angesichts der "Unsicherheiten, die der ungeklärte Begriffsinhalt mit sich bringt, ... die Diskussion ... zu einem terminologischen Streit zu verflachen (droht)". Im Gegensatz zur Habilitationsschrift von Kuhn, die das Problem nur zur Abrundung des Bildes aufgreift, ist die Frage für die Behandlung der speziell haftungsrechtlichen Seite von ungleich größerem Gewicht. Sie ist für das vorliegende Thema insofern von Bedeutung, als dem Treugeber u.U. eine "quasidingliche" Rechtsmacht bezüglich des Treuguts eingeräumt wird.[18] Diese Position, welche die rechtliche Stellung des Treugebers über ihre formaljuristischen Grenzen hinaus erweitert, könnte umgekehrt eventuell auch zur Rechtfertigung haftungsrechtlicher Ansprüche gegen den Treugeber dienen.

---

17) AaO. S. 103.

18) Die treffende Formulierung geht wohl auf Siebert, Anm. zu RGZ 133, 84, JW 1931, 3105 zurück und hat sich inzwischen eingebürgert; vgl. etwa Palandt-Hoche, Anm. 7 D, Einf. v. § 929 und Kuhn, aaO., S. 105. Der Sache nach ist damit die Befugnis des Treugebers gemeint; bei Einzelzwangsvollstreckung bzw. Konkurs, das Treugut nach § 771 ZPO bzw. § 43 KO gegenüber den Gläubigern des Treuhänders für sich zu beanspruchen.

(2) Zum Begriff der Treuhandschaft

Mit Recht weist Kuhn[19] darauf hin, daß im Rahmen einer Arbeit, die sich mit den besonderen Aspekten der Strohmanngesellschaft befaßt, der nuancenreichen Verwendung des Begriffs nicht in allen Einzelheiten nachgegangen werden kann. Da sich eventuelle haftungsrechtliche Konsequenzen aus der quasidinglichen Rechtsstellung des Treugebers ableiten lassen, muß in unserem Zusammenhang eine Auseinandersetzung mit deren Voraussetzungen genügen.[20] Im wesentlichen stehen sich hier zwei Meinungen gegenüber:

(a) Engere Auffassung

Mit Ausnahme einer einzigen Entscheidung vertrat das RG in ständiger Rechtsprechung das "Unmittelbarkeitsprinzip," wonach die Fremdnützigkeit einer Geschäftsbesorgung nicht genügt, sondern das Treugut dem Treuhänder unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers zu eigener Rechtsmacht anvertraut sein muß.[21] In der Literatur hat diese Auffassung

---

19) AaO., S. 103.

20) Unentschieden kann daher bleiben, ob der Treuhandbegriff - wie Kuhn, aaO., S. 106 vorschlägt - "jener höchsten Stufe vorbehalten bleiben (soll), wo der Treuhänder Treugut innehat, das der quasidinglichen Aussonderung und Drittwiderspruchsklage durch den Treugeber unterliegt." Diese Auffassung hat sicher den Vorteil, daß der Begriff feste Konturen und einen spezifisch rechtlichen Aussagewert gewinnt. Da es sich eingebürgert hat, den gesamten Bereich der Verträge zur eigennützigen oder uneigennützigen Wahrnehmung fremder Interessen unter der Rubrik Treuhand zusammenzufassen, ist eine solche Korrektur wohl kaum mehr möglich. Um den Begriff vor dem Zerfließen zu bewahren, sollte man aber vielleicht eine Differenzierung in "allgemeine" Treuhand und Treuhand "im Rechtssinne" vornehmen und die zweite Variante der quasidinglichen Stellung des Treugebers vorbehalten.

21) So zuerst RGZ 84, 214. Von den zahlreichen Entscheidungen, die den Unmittelbarkeitsgrundsatz wiederholen, seien erwähnt: RGZ 91,16; RGZ 133, 84, RGZ 156, 328. Weitere Nachweise bei Klein aaO., S. 13, Fußnote 3 und Kuhn, aaO., S. 104, Fußnote 101. Abweichend nur RG HRR 1929 Nr.1303.

überwiegend Billigung gefunden.[22]

Die Rechtsprechung des BGH ist nicht einheitlich. Ohne nähere Erörterung hält sie zum Teil am Prinzip der Unmittelbarkeit fest,[23] geht aber zum Teil auch darüber hinaus. So hat der VIII. Zivilsenat im Anschluß an die herrschende Meinung im Schrifttum bei echten Anderkonten dem Treugeber die quasidinglichen Rechtsbehelfe auch dann zuerkannt, wenn durch Dritte Beträge auf das Konto eingezahlt werden.[24]

(b) Weitere Auffassung

Nicht zuletzt unter Berufung auf die Entwicklung im Anderkontenrecht, wollen Palandt-Hoche[25] das Unmittelbarkeitsprinzip als Kriterium der quasidinglichen Rechtsstellung des Treugebers in noch weiterem Umfange aufgeben. Erwirbt jemand als mittelbarer Stellvertreter von einem Dritten einen Gegenstand für Rechnung und im Interesse eines anderen, so halten sie es jedenfalls dann für unbefriedigend, dem Auftraggeber die Rechte nach §§ 771 ZPO, 43 KO zu verweigern, wenn der Gegenstand mit seinen Mitteln erworben wurde. Die Interessenlage spricht ihrer Meinung nach für den Auftraggeber, zu dessen "wirtschaftlichem Vermögen" der Gegenstand unter diesen Umständen auch dann gerechnet werden müsse, wenn er ihn nicht selbst zuvor "im rechtlichen Sinne" erworben habe. "Erst die Übertragung des Rechts vom mittelbaren Stellvertreter auf den Geschäftsherrn und dann dessen Rückübertragung zu treuen Händen zu fordern," ist nach Palandt-Hoche "ein konstruktiver Umweg, der

---

22) So insbesondere durch Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 24 ff.

23) So BGHZ 15, 373; BGHZ 5, 285; weitere Nachweise bei Kuhn, aaO., S. 105, Fußnote 104.

24) BGH NJW 1959, 1223 und die weiteren Nachweise zum Anderkontenrecht bei Kuhn, aaO., S. 110, Fußnote 122.

25) Anm. 7 D, Einf. v. § 929.

nach außen hin nichts ändert" und daher den Verkehrs- und Kreditschutz nicht verbessert, zumal die "Sichtbarkeit der Kreditunterlagen ... durch Eigentumsvorbehalt und Besitzkonstitut ... so weitgehend eingeschränkt (ist), daß jeder Kreditgeber zur Nachprüfung gezwungen ist."[26]

(c) Eigener Standpunkt

Das Problem, ob die quasidingliche Rechtsmacht des Treugebers auch diejenigen Gegenstände erfaßt, die mit seinen Mitteln im Wege indirekter Stellvertretung von dritter Seite erworben werden, kann m. E. nicht primär durch wirtschaftliche Überlegungen gelöst werden. Bevor auf solche Gedanken zurückgegriffen werden kann, muß zunächst deren Berechtigung an dieser Stelle geprüft werden.

Das geltende Privatrecht ist eine Schöpfung des Liberalismus und geht entsprechend dem Postulat nach größtmöglicher Freiheit für das Individium von der Eigenverantwortung des Menschen aus. Auf den Bereich der rechtlichen Beziehungen übertragen bedeutet dies, daß das im eigenen Namen handelnde Rechtssubjekt nur sich selbst unmittelbar berechtigen und verpflichten kann. Zu Recht schreibt daher Kuhn,[27] daß dieser Satz "für einen Gesetzgeber, der sein System, nicht an der Funktion der beteiligten Partner, sondern am Parteiwillen ausrichtet, nahezu axiomatische Geltung (hat). Konkretisiert findet er sich insofern ganz folgerichtig im Offenheitsprinzip der Stellvertretung, das Fremdwirkung des Vertreterhandelns nur dann eintreten läßt, wenn die Geschäfte erkennbar im fremden Namen geschlossen sind."

---

26) Palandt-Hoche, aaO.

27) AaO., S. 93.

Vor diesem Hintergrund muß m. E. die aufgeworfene Frage gesehen und entschieden werden. Für den Fall der unmittelbaren Vermögensverschiebung ist - obwohl die Begründung im einzelnen strittig - die quasidingliche Stellung des Treugebers gewohnheitsrechtlich anerkannt.[28] Bereits diese Entwicklung steht im Gegensatz zur Grundkonzeption des geltenden Rechts. Sie hat sich aber nicht nur auf Grund wirtschaftlicher Betrachtungsweise, sondern auch auf Grund der älteren deutschrechtlichen Tradition durchgesetzt. In der quasidinglichen Wirkung von Aussonderungsrecht und Drittwiderspruchsklage "deuten sich letzte, schwache Züge der figurenreichen deutschen Treuhand an, die im Gegensatz zur heute üblichen fiduziarischen Form unmittelbar die dingliche Rechtsmacht des Treuhänders beschränkte."[29] Will man sich nicht endgültig von der Systematik des geltenden Zivilrechts lösen, so kann m. E. der weiteren Auffassung nicht gefolgt werden.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, diese offensichtlich als unpraktisch empfundene Lösung beiseite zu schieben.[30] Soweit diese Bemühungen nicht überwiegend als Reformvorschläge gedacht waren, steht ihnen das Gesetz klar und eindeutig entgegen.[31]

(d) Ergebnis

Ohne tiefer in die Erörterung einzutreten, welche Anforderungen begrifflich an die Treuhandschaft zu stellen sind, gelangt die Untersuchung zu dem

---

28) So z.B. ausdrücklich BGH in NJW 1959, 1224 r. Sp.

29) Kuhn, aaO., S. 105 mit weiteren Nachweisen.

30) So etwa Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, S. 9, 26 ff; Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft, S. 611. Weitere Nachweise bei Kuhn, aaO., S. 93, Fußnote 68.

31) Ebenso Kuhn, aaO., S. 93.

Ergebnis, daß eine quasidingliche Rechtsmacht nicht bejaht werden kann, sofern das Treugut im Wege mittelbarer Stellvertretung von dritter Seite erworben wird. Die Bezeichnung des Strohmanns als Treuhänder ist daher für die Beurteilung der speziell haftungsrechtlichen Fragen nicht von Belang.

b) Strohmannschaft und mittelbare Stellvertretung

(1) Problemstellung

Wie dargestellt, wird der Strohmann nahezu einhellig ohne weitere Erörterung als mittelbarer Stellvertreter bezeichnet. Es fragt sich jedoch, ob nicht - wie Klein vorschlägt - auf Grund der "Verdeckungs- bzw. Umgehungsfunktion" eine Differenzierung vorgenommen werden muß. Dies um so mehr, als die genannten Funktionen auch von der weitaus überwiegenden Meinung - wenn auch bei der Abgrenzung zur Treuhand - als Kriterien der Strohmannschaft gewertet werden. Selbst die Gesetzgebung legt es nahe, in der Strohmannschaft einen Sonderfall der mittelbaren Stellvertretung zu sehen: Nach der amtlichen Begründung zu § 39 Abs. 5 des Aktiengesetzes von 1937 soll mit dieser Vorschrift den Versuchen entgegengetreten werden, "die Vorschriften über die Gründerhaftung durch Vorschieben von Strohmännern zu umgehen."[32] Also auch hier wird der Umgehungszweck zum speziellen Merkmal der Strohmannschaft.

---

32) Zitiert nach Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, S. 44/45. Die genannte Bestimmung, auf deren Tragweite im Einzelnen noch zurückzukommen sein wird, wurde unverändert als § 46 Abs. 5 in das neue Aktienrecht übernommen.

(2) Blick auf die Systematik der Stellvertretung

Um die angeschnittene Frage beantworten zu können, darf die mittelbare Stellvertretung nicht isoliert, sondern muß aus dem systematischen Zusammenhang der Vertretung insgesamt betrachtet werden.

Die Vertretung im weiteren Sinne erfaßt jedes rechtsgeschäftliche Handeln an Stelle eines anderen, gleichviel, ob es im Namen des anderen oder nur in seinem Interesse erfolgt. Die mittelbare Stellvertretung als die zweite Variante ist also nur eine der beiden heute anerkannten Formen. Ihr Wesen wird erst deutlich, wenn man sie als Gegenstück der unmittelbaren - auch direkt, offen oder echt genannten - Stellvertretung erfaßt.

Ziel der echten Stellvertretung - nur sie wird im BGB geregelt - ist es, das Vertreterhandeln sogleich für die Person des Vertretenen wirksam werden zu lassen. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist diese Wirkung jedoch an das Offenheitsprinzip gekoppelt, d.h. Fremdwirkung wird grundsätzlich nur dann erzeugt, wenn der Geschäftspartner erkennen kann, daß sein Gegenüber nicht für sich, sondern für einen Dritten handeln will. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Vertreter ausdrücklich im Namen des Vertretenen tätig wird (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) oder, ob die Umstände ergeben, daß die Tätigkeit in dessen Namen erfolgen soll (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese letztgenannte Modalität, die sogenannte stille Vertretung, ist somit lediglich ein spezieller Fall der offenen Stellvertretung und darf nicht mit der indirekten Stellvertretung verwechselt werden.

Der Durchsetzung des Offenheitsprinzips dient § 164 Abs. 2 BGB. Wird der Vertretungswille nach außen hin nicht erkennbar, so bleibt er außer Betracht, und das Handeln gilt als im eigenen Namen

erfolgt. Berücksichtigt man, daß die Beachtung des Parteiwillens ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers war, so zeigt diese Abweichung, welche überragende Bedeutung er dem Offenheitsprinzip im Rahmen der echten Stellvertretung beigemessen hat.

Ganz anders liegen die Dinge bei der mittelbaren Stellvertretung. Hier sollen die Rechtswirkungen nach dem Willen der Beteiligten auf die Person des Vertreters beschränkt bleiben. Um dieses Ziel zu erreichen, muß der Vertreter entweder ausdrücklich im eigenen Namen handeln oder es müssen zumindest die Umstände seinen Eigengeschäftswillen zum Ausdruck bringen. Der Zweck der indirekten Stellvertretung läuft somit dem Offenheitsgrundsatz geradezu entgegen, d.h. der mittelbaren Stellvertretung kommt bereits vom Prinzip her eine "Verdeckungs- bzw. Umgehungsfunktion" zu. Die vielfach gebräuchliche Bezeichnung "verdeckte" Stellvertretung drückt dies auch sehr deutlich aus. Die genannte Funktion ist daher kein geeignetes Kriterium, um die Strohmannschaft von der mittelbaren Stellvertretung abzugrenzen.[33)]

(3) Sprachliche Bedeutung des Wortes Strohmann

Offen blieb bisher die Frage, ob sich nicht vielleicht aus der sprachlichen Bedeutung des Wortes Strohmann Ansatzpunkte für eine Differenzierung ergeben.

Der Ausdruck stammt ursprünglich aus der Landwirtschaft und bezeichnet die bei der Getreideernte gegeneinandergestellten Garben. Aus einiger Entfernung nehmen sich diese Gebilde fast wie Menschen aus und deshalb werden sie im Sprachgebrauch Strohmänner, Strohpuppen oder einfach auch nur Puppen genannt. Diese Ähnlichkeit ist aber keineswegs in

---

33) Übereinstimmend - wenn auch in etwas anderem Zusammenhang - Kuhn, aaO., S. 91.

der Weise gezielt, daß sie - wie Klein[34] meint - "den Tieren die Anwesenheit eines Menschen vortäuschen soll." Sie ist vielmehr rein zufälliger Art und folgt aus der Notwendigkeit, die Garben durch Aufrichten vor Bodenfeuchtigkeit zu schützen.

Erst die aufgezeigte Kongruenz der Worte Strohmann und Puppe läßt m. E. die gedankliche Verbindung zum Rechtsinstitut der Vertretung erkennen. Ebenso wie die offene, ist auch die verdeckte Stellvertretung dadurch gekennzeichnet, daß der Vertreter im Rahmen der ihm übertragenen Aufgabe eigenverantwortlich entscheidet. Hier liegt der Unterschied zum Boten, der lediglich als verlängerter Arm des Vertretenen in Erscheinung tritt. Wird der Spielraum selbständiger Entscheidung eingeschränkt, der mittelbare Vertreter intern auf ein genau bestimmtes Vorgehen festgelegt, so bringen die Worte Strohmann bzw. Puppe diesen Tatbestand ausgesprochen treffend zum Ausdruck. Der mittelbare Stellvertreter ist also in diesem Fall - ähnlich wie die Puppe - Spielzeug in den Händen eines anderen.[35]

(4) Ergebnis

Was das Verhältnis von Strohmannschaft und mittelbarer Stellvertretung betrifft, so hat die Über-

---

34) AaO., S. 7.

35) Anders Kuhn (aaO., S. 79), der die Unterordnung des Strohmanns unter den Hintermann zwar als typischen, jedoch keineswegs unverzichtbaren Wesenszug der Strohmannschaft bezeichnet. Der Unterschied zur hier vertretenen Auffassung ist aber gerade darauf zurückzuführen, daß Kuhn unkritisch, d.h. ohne Rücksicht auf den Sinn des Wortes Strohmann, jede Kapitalgesellschaft, an der ein oder mehrere mittelbare Stellvertreter beteiligt sind, als Strohmanngesellschaft charakterisiert.
Die von Kuhn (aaO., S. 2) aufgestellte Definition "Strohmänner sind ... die beauftragten aber im eigenen Namen handelnden Gründer" wird zwar ausdrücklich als vorläufig bezeichnet; das dritte Kapitel, auf das zur weiteren Klärung und Auseinandersetzung verwiesen wird, bringt jedoch für die Begriffsbestimmung keinerlei Änderungen oder Einschränkungen.

prüfung in rechtlicher Beziehung die allgemeine Meinung bestätigt. In tatsächlicher Richtung muß jedoch eine Differenzierung vorgenommen werden, die sich aus der sprachlichen Bedeutung des Wortes Strohmann ergibt.

3. Eigene Definitionen

Nachdem durch die vorstehenden Erörterungen der Anschluß an die Systematik des allgemeinen Zivilrechts hergestellt wurde, können nunmehr die Grundbegriffe des Themas definiert werden:

Strohmann ist derjenige mittelbare Stellvertreter, der die Ausübung der auf seinen Namen lautenden Rechte dem Vertretenen überläßt.

Hintermann ist derjenige mittelbar Vertretene, der den Vertreter von der Ausübung der auf dessen Namen lautenden Rechte verdrängt.[36)]

Geht man von der ersten Definition aus, so ist unter Strohmann-GmbH eine GmbH zu verstehen, bei welcher der mittelbare Vertreter die Ausübung der Rechte aus dem auf seinen Namen lautenden Gesellschaftsanteil dem mittelbar Vertretenen überläßt. Legt man die zweite Definition zugrunde, so ist Strohmann-GmbH eine GmbH, bei welcher der mittelbar Vertretene den Vertreter von der Ausübung der Rechte aus dem auf dessen Namen lautenden Gesellschaftsanteil verdrängt.

Vom Zeitpunkt her, zu dem der Strohmann den Gesellschaftsanteil übernimmt, sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: Im ersten Fall beteiligt sich der Strohmann bereits an der Gründung der Gesellschaft, im anderen Fall erwirbt er den Gesellschaftsanteil erst nach Eintragung der GmbH im Handelsregister. Da die Probleme, die bei der zweiten Variante auftreten, nur einen Ausschnitt aus der Gesamtproblematik bilden, soll hier die zunächst genannte Form zugrundegelegt werden.

---

36) Ähnlich Wolany, aaO., S. 57.

Die Strohmann-GmbH wird daher für das Folgende abschließend definiert als GmbH, bei welcher von der Gründung der Gesellschaft an der mittelbar Vertretene den Vertreter bei der Ausübung der Rechte aus dem auf dessen Namen lautenden Gesellschaftsanteil verdrängt.

B. Typisierung der Strohmanngesellschaften

In tatsächlicher Richtung erfaßt die hier entwickelte Definition der Strohmann-GmbH eine Vielzahl von Gründungssachverhalten, die sich jedoch in bestimmte Gruppen untergliedern lassen. Zunächst ist danach zu unterscheiden, ob nur Strohmänner oder, ob neben diesen auch ihre Hintermänner den Gesellschaftsvertrag unterzeichnen. Weiter gibt es Fälle, in denen Strohmänner zugezogen werden, da sich die für die Gründung erforderliche Mindestanzahl von zwei Personen, die auf eigenen Namen und eigene Rechnung handeln, nicht findet und Fälle, in denen diese Personen zwar vorhanden sind, trotzdem aber aus anderen Gründen zusätzlich Strohmänner beteiligt werden.

Die Problematik soll hier an zwei Erscheinungsformen dargestellt werden, die wegen ihrer extremen Ausgestaltung besonders hervorstechen und deshalb bereits mehrfach als Ausgangspunkt kritischer Auseinandersetzungen herangezogen wurden:

Im ersten Fall gründen zwei Personen eine GmbH, wobei einer der Gründer als Strohmann des anderen handelt.

Im zweiten Fall handelt es sich ebenfalls um eine zweigliedrige GmbH. Im Gegensatz aber zum ersten Fall beteiligt sich der Hintermann nicht selbst, sondern läßt die Gründung durch zwei Strohmänner vornehmen.

Im Anschluß an Kuhn[37] wird im folgenden die erste Form als "partielle Strohmanngesellschaft" und die zweite als "ausschließliche Strohmanngesellschaft" bezeichnet.[38]

C. Motive für die Gründung einer Strohmann-GmbH

Der vorhergehende Abschnitt ließ völlig offen, welchen Zwecken die Strohmanngesellschaft im Wirtschaftsleben dient. Da ein Blick auf die praktische Seite des Problems das Verständnis der rechtlichen Zusammenhänge sehr erleichtert, sollen kurz die Motive aufgezeigt werden, die zur Gründung einer Strohmann-GmbH führen. Obwohl die Trennungslinie nicht scharf gezogen werden kann, lassen sich die Beweggründe in solche außerrechtlichen Ursprungs und solche rechtlichen Ursprungs aufteilen, wobei der Schwerpunkt bei den zuletzt genannten liegt.[39]

I. Motive außerrechtlichen Ursprungs

Der Bereich der Motive außerrechtlichen Ursprungs erstreckt sich vom Ruf und Ansehen eines Unternehmers bei seiner Konkurrenz über Werbepsychologie bis zu betriebswirtschaftlich-organisatorischen Gründen des Konzernaufbaues.

Das folgende Beispiel soll dies illustrieren: Unternehmer A will in neue Absatzgebiete vorstoßen, ohne die Konkurrenz auf diese Betriebserweiterung aufmerksam zu machen. Aus diesem Grunde kommt die

---

37) AaO., S. 20 ff.

38) Als dritten Typ führt Kuhn noch die "uneigentliche Strohmannsgründung" in seine Untersuchungen ein. Darunter ist eine Gründung zu verstehen, bei der Strohmänner mitwirken, obwohl auch ohne sie die gesetzliche Mindestanzahl von zwei Gründern zur Verfügung steht. Der Hintermann kann dabei selbst den Gesellschaftsvertrag unterzeichnen oder aber völlig im Hintergrund bleiben. Diese Form wird im folgenden vernachlässigt, da sie lediglich eine unselbständige Abwandlung der beiden zuerst genannten Typen ist.

39) Eine ausführliche Zusammenstellung findet sich bei Kuhn, aaO., S. 25 ff; vgl. auch Klein, aaO., S. 1 ff.

Errichtung firmengleicher Zweigniederlassungen nicht in Frage. Daneben scheidet aber auch die unmittelbare Teilnahme des Firmeninhabers an der Neugründung einer Gesellschaft aus, da seine - möglicherweise maßgebliche - Beteiligung für jedermann aus dem Handelsregister ersichtlich wäre. In dieser Situation erweist sich die Gründung einer Strohmanngesellschaft als Ausweg.

II. Motive rechtlichen Ursprungs (Gesetzesumgehung)

Die Beweggründe rechtlichen Ursprungs lassen sich unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung zusammenfassen.[40)]

1. Blick auf Begriff und Handlungsformen der Gesetzesumgehung

Von einer Gesetzesumgehung spricht man, "wenn der vom Gesetz mißbilligte Erfolg auf einem anderen von ihm nicht bezeichneten Weg erreicht werden soll und sich aus dem Zweck der Norm ergibt, daß sie einen bestimmten Erfolg überhaupt verhindern und nicht bloß seine Erreichung durch eine bestimmte Geschäftsform bekämpfen will."[41)]

Bei der Gesetzesumgehung sind zwei entgegengesetzte Handlungsformen zu unterscheiden:

Im einen Fall versucht der Hintermann, die Anwendung einer ihm nachteiligen Norm oder eines ganzen Normengefüges durch Einschaltung der Strohmann-GmbH zu verhindern (Normvermeidung). Im anderen Fall zielt die Strohmanngründung darauf ab, die Anwendung einer begünstigenden Norm oder eines begünstigenden Normenkomplexes zu erreichen (Normerschleichung).[42)] Der Hintermann rechtfertigt sein

---

40) Vgl. hierzu insgesamt Kuhn, aaO., S. 23 ff und 139 ff.

41) Lehmann, AT des BGB, 8. Aufl., S. 179, übernommen auch von Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, S. 17.

42) Über die Schwierigkeiten, beide Varianten gegeneinander abzugrenzen, vgl. Kuhn, aaO., S. 140, Fußnote 4.

Vorgehen durch Hinweis auf eine besondere ermächtigende Vorschrift oder das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit.

2. Beispiele

Der Gesetzesumgehung sind zwingende Rechtssätze jeder Rangordnung und jedes Rechtsgebietes zugänglich. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

a) Verfassungsrecht

Die Gründung der "Deutschland-Fernsehen-GmbH" durch Mitglieder der damaligen Bundesregierung sollte u.a. die in Art. 70 Abs. 1 GG verankerte Kulturhoheit der Länder unterlaufen.[43)]

b) Firmenrecht

A, der einen unschönen Familiennamen führt, möchte ein kaufmännisches Unternehmen eröffnen. Als Einzelkaufmann wäre er nach § 18 Abs. 1 HBG gezwungen, unter seinem Namen zu firmieren. Um dies zu vermeiden, gründet er zusammen mit einem Strohmann eine GmbH und bildet nach § 4 Abs. 1 GmbHG eine Sachfirma.

Neben diesem im Grunde harmlosen Fall ist noch eine weitere Möglichkeit denkbar:

Um die Werbekraft einer eingeführten Firma für seine Zwecke zu nutzen, sucht sich A einen gleichnamigen Strohmann und nimmt dessen Namen in die Firma der GmbH auf. [44)]

c) Hinweis auf das Gesellschaftsrecht

Der Bundesgerichtshof[45)] vertritt offensichtlich die Meinung, der Hintermann beabsichtige verschiedentlich, durch Verwendung mittelloser Strohmänner die Vorschriften über Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals der GmbH zu umgehen.

---

43) Vgl. Kuhn, aaO., S. 27.
44) Vgl. dazu Kuhn, aaO., S. 25.
45) BGHZ 31,253 ff.

Ob diese Möglichkeit wirklich besteht und wie ihr begegnet werden könnte, ist u.a. Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

D. Bestandskraft des Gründungsaktes

Bevor sich die Arbeit der Haftung des Hintermannes zuwendet, muß noch geprüft werden, ob der unter Mitwirkung von Strohmännern zustandegekommene Gesellschaftsvertrag wirksam ist. Dabei geht die Untersuchung davon aus, daß eine Eintragung der GmbH in das Handelsregister noch nicht erfolgte. Nach der Registrierung kann eine eventuelle Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages aus Gründen des Verkehrsschutzes nur noch in den engen und abschließend geregelten Grenzen der §§ 75 ff GmbHG geltend gemacht werden.

I. Die Strohmann-GmbH in rechtsethischer Sicht

Nach der amtlichen Begründung zum Entwurf des GmbHG[46] rechtfertigt sich die beschränkte Haftung der Gesellschafter aus zwei Überlegungen:

Im Gegensatz zur AG ist die GmbH als Rechtsform zur Verwirklichung begrenzter unternehmerischer Ziele gedacht, d.h. auf die Beteiligung eines verhältnismäßig kleinen Personenkreises und einen vergleichsweise geringen Kapitalbedarf ausgerichtet. Da aber die zur Aufbringung des - nach damaliger Meinung immerhin noch recht beachtlichen - Mindestkapitals "erforderliche Zahl der Gesellschafter doch zu erheblich ist, um denselben die unmittelbare Leitung des Betriebes zu gestatten,"[47] erschien dem Gesetzgeber eine persönliche Haftung, wie etwa die des Einzelkaufmanns oder der OHG-Gesellschafter, nicht am Platze.

---

46) Drucksache des Reichstags, 8. Legislaturperiode - I. Session 1890/92 Nr. 660 - im folgenden als Entwurf zitiert - S. 3725.

47) Entwurf, aaO., S. 3725 r. Sp.

Hinzu kommt, daß mit der neuen Gesellschaftsform für eine breitere Bevölkerungsschicht der Anreiz geschaffen werden sollte, mit verhältnismäßig bescheidenen Mitteln aktiver als dies die Struktur der AG erlaubte, auch an einer Mehrzahl von Unternehmungen mitzuwirken, ohne dem einzelnen Unternehmen die gesamte persönliche Schaffenskraft zu widmen. Diese Möglichkeit verlangt aber - so führt der Entwurf aus - "eine Teilung und damit eine Beschränkung der aus dem einzelnen Unternehmen entstehenden Risiken."[48)]

Diese innere Rechtfertigung des Haftungsausschlusses fehlt sowohl bei der partiellen als auch bei der ausschließlichen Strohmann-GmbH. Hier ist im Gegensatz zur typischen Form der GmbH, wie sie dem Gesetzgeber vorschwebte, die beschränkte Haftung von Anfang an mit praktisch fast unbeschränkter Leitungsmacht des Hintermanns gekoppelt. Bei den Gesellschaftern handelt es sich nicht um unabhängige Personen, die lediglich durch das gemeinsame Interesse an der Gesellschaft verbunden sind, sondern in beiden Fällen ist der Hintermann auf Grund der gesellschaftsfremden Sonderbeziehung zu seinem Mitgesellschafter bzw. den beiden Gesellschaftern in der Lage, dessen bzw. deren Entschlüsse maßgeblich zu steuern. Da der Hintermann nicht gezwungen ist, auf widerstreitende Interessen und Ansichten Rücksicht zu nehmen, besteht die Gefahr, daß die Haftungsbeschränkung zu Lasten Dritter ausgenutzt wird.

Obwohl das Prinzip von Herrschaft und Haftung bei allen drei Grundtypen in Erscheinung tritt, die das Gesellschaftsrecht für die Organisation wirtschaftlicher Unternehmen zur Verfügung stellt,[49)] hat Kuhn überzeugend nachgewiesen, daß es sich hierbei

---

48) Entwurf, aaO.

49) Vgl. Kuhn, aaO., S. 48, Fußnoten 43 und 44.

de lege lata nicht um einen zwingenden Grundsatz handelt, der der Wirksamkeit des unter Mithilfe von Strohmännern abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages entgegenstände.

Im Weltbild des Liberalismus, der "denWirtschaftsablauf als eine Art sich selbst regelndes Naturereignis" erfaßte, blieb kein Raum für eine"aus klaren rechtlichen Wertvorstellungen integrierte Wirtschaftsrechtsordnung."[50)]

Da man die verschiedenen Organisationsschemata nicht als Bestandteile einer einheitlichen Unternehmensverfassung, sondern als beziehungslos nebeneinanderstehende Möglichkeiten begriff, "die aus Zweckmäßigkeit zur Befriedigung verschiedener Bedürfnisse aus dem alten Recht übernommen oder (wie die GmbH) neu eingeführt" wurden,[51)] fehlt die Grundlage, strukturwidrigen Abwandlungen wie der Strohmann GmbH die Anerkennung zu versagen.

An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn man der wohl zu weitgehenden Auffassung von Kuhn[52)] und eines Teils der neueren Doktrin[53)] beitritt und grundsätzlich eine Auswirkung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - auf die rechtliche Struktur der Unternehmen

---

50) Kuhn, aaO., S. 48.

51) Kuhn, aaO.

52) AaO., S. 49.

53) Vgl. die Nachweise bei Kuhn, aaO., Fußnote 47.

bejaht.[54] Wie Kuhn[55] näher darlegt, versteht das GWB schon den Begriff des Wettbewerbs nicht im Sinne einer schrankenlosen Konkurrenz und engt zudem das prinzipielle Verbot wettbewerbshindernder Vereinbarungen so erheblich ein, daß diesem Gesetz- auch wenn man so weitreichende Folgen grundsätzlich bejahen wollte - nichts gegen die mit der Strohmann-GmbH angestrebte Haftungsbeschränkung entnommen werden kann.

II. Zulässigkeit verdeckter Stellvertretung bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages

Das Wesen der verdeckten Stellvertretung besteht darin, daß sich die Wirkungen des vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäftes nicht auf den Vertretenen erstrecken, der Vertretene umgekehrt aber auf Grund des Innenverhältnisses maßgeblichen Einfluß auf die Gestaltung des Rechtsgeschäftes ausüben kann. Die Zulässigkeit verdeckter Stellvertretung in concreto hängt daher davon ab, welchen Standpunkt das GmbHG zur Stellung des Gesellschafters einnimmt.

---

54) Der dogmatische Ansatz, auf den Kuhn seine Überlegungen aufbaut, ist wohl kaum angreifbar, denn die "Annahme, eine als Einheit verstandene Wirtschaftsrechtsordnung lassein ihrem unternehmensrechtlichen Teil ... ausgerechnet das zu, was ihr Wettbewerbsrecht zwingend vorbietet (Kuhn, aaO), wäre in der Tat ein Widersinn. Sehr zweifelhaft erscheint aber, ob die einzelnen Elemente einer Wirtschaftsrechtsordnung wie Dispositionsfreiheit, Grundtypen-ordnung, Haftungsstruktur und Wettbewerbsbeschränkungen bereits durch das GWB dergestalt zu einem einheitlichen System verbunden wurden, daß sie als "funktionell zusammentreffende Komplexe von Rechtsinstituten einer rechtlich integrierten Wirtschaftsordnung" (so Kuhn, aaO) bezeichnet werden können. Da m. E. das GWB nur auf die Beziehungen der am Markt beteiligten Unternehmen zueinander abhebt, ist es seinerseits allenfalls als Teilstück einer bisher noch ausstehenden einheitlichen Wirtschaftsrechtsordnung anzusehen.

55) AaO., S. 49.

Die Mitgliedschaftsstruktur der GmbH ist in der Praxis außerordentlich variabel. Die gesetzestypische Form geht jedoch davon aus, daß sich die Pflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft auf die Leistung von Kapitaleinlagen beschränkt und sieht die sogenannte "Nebenleistungs-GmbH" als Ausnahmeerscheinung an (§ 3 Abs. 2 GmbHG). Die Mitgliedschaft, in § 14 GmbHG als Geschäftsanteil bezeichnet, richtet sich nach der Höhe der übernommenen Stammeinlagen. Der Geschäftsanteil bestimmt den Einfluß der Gesellschafter auf die Angelegenheiten der Gesellschaft (§§ 46, 47 GmbHG). Insoweit steht zweifellos der kapitalistische Einsatz, und nicht die Person des Gesellschafters, im Mittelpunkt.

Neben diesen kapitalistischen Merkmalen ist aber auch das persönliche Verhältnis der Gesellschafter untereinander von Bedeutung. Kann die auf einen Gesellschafter entfallende Stammeinlage durch keine der gesetzlich vorgesehenen Sicherungen aufgebracht werden, so sind die übrigen Gesellschafter - mit Ausfallhaftung füreinander - verpflichtet, den Fehlbetrag zu decken (§ 24 GmbHG). Ebenso im Fall verbotener Rückzahlungen (§ 31 Abs. 3 GmbHG). Die genannten beiden Bestimmungen machen deutlich, daß die Mitgliedschaft bei der GmbH nicht in gleichem Maße wie bei der AG überwiegend auf die Gläubigerstellung gegenüber der Gesellschaft beschränkt ist.

Im Verhältnis der personalen und kapitalistischen Elemente dominieren aber trotzdem die letzteren. Die Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG ist lediglich die ultima ratio der Kapitalaufbringung und verliert ihre Bedeutung, sobald alle Stammeinlagen voll einbezahlt sind. Den Ausschlag gibt jedoch § 15 GmbHG, der die freie Übertragbarkeit des Geschäftsanteiles normiert. Damit hat sich der Gesetzgeber für die Unabhängigkeit der GmbH von der

Person der Mitglieder entschieden. Den Vorschriften, die auf den Inhaber des Geschäftsanteiles abstellen, kommt daher innerhalb der Gesamtstruktur der Mitgliedschaft keine überragende Rolle zu. Aus diesem Grund stehen der mittelbaren Stellvertretung bei Abschluß des Gesellschaftsvertrag keine grundsätzlichen Bedenken entgegen.[56)]

III. Strohmann-GmbH und Scheingeschäft

Immer wieder taucht in Rechtsprechung[57)] und Literatur[58)] die Behauptung auf, die Gründererklärung des Strohmannes sei als Scheingeschäft i.S. von § 117 BGB zu bewerten. Die herrschende Meinung hat diese Ansicht stets abgelehnt, ohne allerdings wirklich zum Kern des Problems vorzudringen.

1. Zum Begriff der Simulation

Dogmatisch einwandfrei kann die Frage nur vom Begriff der Simulation her entschieden werden. Nach dem objektiven Begriff kommt einer Willenserklärung erst dann Ernsthaftigkeit zu, wenn der Zweck des geplanten Rechtsgeschäftes "der typischen Zweckbestimmung entspricht, die der gewählten Rechtsform vom Gesetzgeber zugedacht ist."[59)]

Ganz anders der subjektive Begriff: Hier wird die Ernsthaftigkeit der Willenserklärung ausschließlich an der Willensrichtung ihres Urhebers gemessen. Ein Scheingeschäft liegt nur vor, wenn der Geschäftswille vorgetäuscht wird.

---

56) Ebenso die ganz herrschende Meinung. Vgl. z.B. Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 2 E zu § 2; Kuhn, aaO., S. 38 ff mit weiteren Nachweisen; Wolany, aaO., S. 39.

57) Zuletzt OLG Celle, GmbHRdsch 1951, 26. So aber auch schon KG, ZNot V 1927,261 und LG Berlin, DJ 1936,465.

58) Vgl. die Zusammenstellung bei Kuhn, aaO., S. 1 f und insbesondere Schönle, Einmann- u.Strohmanngesellschaft, S. 35 ff, ferner Herbig, DFG 1936, 85.

59) Kuhn, aaO., S. 87 mit weiteren Nachweisen.

"Der Umschwung von der objektiven zur subjektiven Simulation bahnte sich im Zeichen des am Pathos der liberalen Vertragsfreiheit orientierten Willensdogmas in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts an"[60] und war bei Inkrafttreten des BGB im wesentlichen abgeschlossen. In der deutschen Rechtslehre und Praxis ist der objektive Begriff bereits seit der Jahrhundertwende überwunden und der subjektive Begriff heute allgemein anerkannt.[61]

2. Subjektive Simulation und Strohmann-GmbH

Geht man von dem gesicherten subjektiven Begriff der Simulation aus, so zeigt sich, daß die Frage, ob die Gründungserklärung des Strohmannes unter die Vorschrift des § 117 BGB fällt, generell überhaupt nicht beantwortet werden kann. Die Schöpfer des GmbHG haben die Möglichkeit von Strohmanngründungen nicht bedacht; sie gingen davon aus, daß sich jeder Gründer sowohl im eigenen Namen als auch für eigene Rechnung beteiligt. Daher stellt die unter Verwendung von Strohmännern gegründete GmbH zwar eine atypische Form dar, läßt aber noch nicht den Schluß zu, die Beitrittserklärungen der Strohmänner seien per se nicht ernst gemeint. Wie jede andere Willenserklärung ist aber auch die Beitrittserklärung im einzelnen Fall auszulegen und dabei kann sich durchaus ergeben, daß der Geschäftswille des Strohmannes lediglich vorgetäuscht ist. Die atypische Form für sich genommen indiziert jedoch keineswegs die mangelnde Ernstlichkeit der Beitrittserklärung, sie erfordert nur eine besonders kritische Überprüfung der Erklärung auf ihre Willensrichtung.[62]

---

60) Kuhn, aaO., S. 88.

61) Vgl. insbesonders Staudinger-Coing, Anm. 1 zu § 117 BGB und die weiteren Nachweise bei Kuhn, aaO., S. 89, Fußnote 57.

62) Vgl. dazu insgesamt Kuhn, aaO., S. 137 und die dort in Fußnote 35 u. 36 zitierten, wohl allzu ausschließlichen Stellungnahmen in der neuen Judikatur und Literatur.

IV. Strohmanngründung und Gesetzesumgehung

Neben der Behauptung, die Beitrittserklärung des Strohmannes erfülle die Voraussetzungen eines Scheingeschäftes, wird die Strohmanngesellschaft immer wieder unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung betrachtet.[63]

1. Zur Dogmatik der Gesetzesumgehung

a) Ansatzpunkt

Der Ansatzpunkt der Gesetzesumgehung ist die Inkongruenz zwischen Wortlaut und Zweck einer gesetzlichen Bestimmung. Die moderne Gesetzgebungstechnik bringt es mit sich, daß der auf abstrakte typische Sachverhalte abgestellte Wortlaut einer Norm in concreto nicht alle Sachverhalte erfaßt, die vom Normzweck angesprochen werden sollten. Diesen Umstand nützt die Gesetzesumgehung aus. Sie zielt darauf ab, den "Normzweck dadurch zu vereiteln, daß der Sachverhalt künstlich verändert und so dem Gesetzeswortlaut entweder entzogen oder gerade umgekehrt erst unterschoben wird."[64]

b) Dogmatische Einordnung

Einigkeit besteht darüber, daß die Umgehung zwingender Rechtssätze unter Berufung auf die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit nicht in jedem Fall hingenommen werden kann. Streitig ist nur, wie die Durchsetzung des Normzweckes gegenüber dem Umgehungsversuch dogmatisch zu rechtfertigen ist.

Subjektive und objektive Theorie stützen sich beide auf § 242 BGB;[65] in den Voraussetzungen unterscheiden sie sich jedoch. Die subjektive Theorie verlangt einen bewußten und gewollten Verstoß

---

63) So z.B. BGHZ 21, 378 (382) und Herbig, aaO., S. 90.

64) Kuhn, aaO., S. 140. Über die Technik der Gesetzesumgehung siehe Kuhn, aaO., S. 139 ff.

65) So für die subjektive Theorie Serick, aaO., S. 204.

gegen den Zweck einer Norm. Dagegen begnügt sich die objektive Theorie - wie schon ihr Name sagt - mit der objektiven Zuwiderhandlung, da das zusätzliche individuelle Erfordernis der Umgehungsabsicht mit dem Interesse des Gesetzgebers an einer möglichst vollkommenen Durchsetzung seiner Ziele nicht zu vereinbaren sei.

Die heute herrschende Meinung geht neue Wege. Sie sieht in der Gesetzesumgehung kein eigenständiges Rechtsinstitut, das einer besonderen gesetzlichen Stütze bedürfte, sondern betrachtet die Durchsetzung des Normzweckes als Problem der Auslegung und Anwendung der umgangenen Norm.[66] Ergibt die Auslegung, daß die Norm darauf abzielt, auch den mit dem Umgehungssachverhalt angestrebten Erfolg zu erfassen, so ist sie auch auf diesen anzuwenden.

Diesem Standpunkt ist m. E. beizutreten. Der Grundsatz von Treu und Glauben beeinflußt den Inhalt eines bereits abgeschlossenen, wirksamen Rechtsgeschäfts, bestimmt jedoch nicht die Grenzen, innerhalb deren rechtsgeschäftliche Gestaltung überhaupt möglich ist. Die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Vertragsfreiheit wird vom Grundgesetz selbst konkretisiert. Sie besteht im Rahmen der "verfassungsmäßigen Ordnung", d.h. innerhalb der Summe aller verfassungskonformen Rechtssätze. Daß damit nicht lediglich der blanke Wortlaut gemeint ist, sondern darüberhinaus auch der darin zum Ausdruck gebrachte Zweck, liegt auf der Hand.

---

66) So z. B. Enneccerus-Nipperdey, I/2, § 190 III; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 29 III 4; Staudinger-Coing, Anm. 21 f zu § 117 BGB; Soergel-Siebert-Hefermehl, Anm. 33 zu § 134 BGB. Vgl. auch Kuhn, aaO., S. 145 und Müller Freienfels, AcP 156, S. 537, jeweils mit weiteren Nachweisen.

2. Strohmann- GmbH und Normanwendung

Überträgt man die soeben gewonnenen Erkenntnisse auf die Strohmann-GmbH, so ergibt sich folgendes:

Das Ziel, mit Hilfe einer Strohmann-GmbH zwingenden belastenden Normen auszuweichen oder begünstigende Normen anwendbar zu machen, berührt die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich nicht. Die Konsequenzen richten sich nach dem Zweck des jeweiligen Rechtssatzes, den der Hintermann auf diesem Wege vereiteln oder sich zu Nutze machen will. Im ersten Fall setzt sich die umgangene Norm gegen die Strohmanngründung durch, wenn der Normzweck auch den damit geplanten Erfolg erfaßt. Im zweiten Fall - der Variante der Normerschleichung - kommt die Norm, deren Anwendung die Strohmanngründung verfolgt, nicht zum Zuge, wenn der Normzweck den auf diese Weise erstrebten Erfolg nicht ergreift.

Die Durchsetzung des Normzweckes ohne Rücksicht auf subjektive Momente führt nicht - wie Serick meint - zu einer Auflösung und Entwertung des Rechtsinstituts der juristischen Person. Serick selbst weicht von seiner "Mißbrauchstheorie" ab und betrachtet die Durchsetzung des Normzweckes als Auslegungsproblem, wenn es um die "Verwirklichung eines korporationsrechtlichen Gesetzeszweckes geht, der auch keine mittelbare Beeinträchtigung zuläßt."[67] Die juristische Person verkörpert keinen Wert für sich.[68] "Sie bildet nur eine gedankliche Zusammenfassung von Tatbeständen, Beziehungen und Normen, ein leicht be-

---

67) Serick, aaO., S. 104; vgl. insgesamt Serick, aaO., S. 104 ff und 208 ff.

68) So aber Serick, aaO., S. 24, 206.

greifbares Vorstellungsbild ..."[69] für alle in ihrer jeweiligen Ausgestaltung ganz unterschiedlichen Organisationen, denen das Gesetz Rechtsfähigkeit zuerkennt. Wie jede andere Ausprägung der juristischen Person ist auch die GmbH in das Gefüge der übrigen Normen eingebettet und hat ihren Standort nicht jenseits dieses Bereiches.

---

69) Müller-Freienfels, aaO., S. 529; zustimmend Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 93.

ERSTER ABSCHNITT

HAFTUNG DES HINTERMANNS GEGENÜBER DEM STROHMANN

A. Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage

I. Rechtsnatur der vertraglichen Beziehungen zwischen Strohmann und Hintermann

Da der Strohmann die Aufgabe hat, an der Gründung der GmbH im eigenen Namen, aber für Rechnung des Hintermanns mitzuwirken, gehören die vertraglichen Beziehungen zwischen diesen beiden Personen zum Bereich der Geschäftsbesorgung. Angesichts der Dehnbarkeit dieses Begriffs[1] ist jedoch mit dieser Erkenntnis noch nicht viel gewonnen. Um eine exaktere rechtliche Einordnung vorzunehmen, ist danach zu differenzieren, ob der Strohmann entgeltlich oder unentgeltlich tätig wird.

1. Entgeltliche Geschäftsbesorgung

Von den im BGB geregelten Grundtypen entgeltlicher Geschäftsbesorgung kommen hier Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. von § 675 BGB und Dienstvertrag i. S. von §§ 611 ff BGB in Betracht.[2] Beide Formen stimmen insofern überein, als der Geschäftsherr zu Weisungen gegenüber dem Verpflichteten befugt ist, dieser also in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Das Unterscheidungsmerkmal liegt im Umfang des Weisungsrechts. Während das sich auf jede Einzelheit erstreckende Weisungsrecht das typische Kriterium des Dienstvertrags ausmacht, gehört zum Wesen des Geschäftsbesorgungsvertrags ein gewisses Maß an Selbständigkeit. Natürlich ist auch Selbständigkeit ein Begriff, der sehr weit gedehnt werden kann;

---

1) Vgl. etwa Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, BT, § 52 I, mit weiteren Nachweisen.

2) Weitere Formen sind Werkvertrag und Maklervertrag, sowie die im HBG behandelten speziellen Typen des Kommissions- und des Speditionsvertrages.

fehlt jedoch dem Verpflichteten jeder Spielraum für eigenes Überlegen und Entschließen, so ist die äußerste Grenze der mit dem Wesen des Geschäftsbesorgungsvertrages zu vereinbarenden Abhängigkeit und Unselbständigkeit überschritten.[3)]

Legt man die hier entwickelte Definitionen von Strohmann und Hintermann zugrunde, so ist die Frage der rechtlichen Einordnung ihrer vertraglichen Beziehungen bereits entschieden. Schon die Vorstellung des Strohmanns als einer Puppe in den Händen des Hintermanns macht deutlich, daß begrifflich jede Entscheidungsfreiheit fehlt. In juristische Denkformen übersetzt, steht das Bild der Puppe für die totale Weisungsgebundenheit des Strohmanns gegenüber dem Hintermann als Dienstherrn.[4)]

2. Unentgeltliche Geschäftsbesorgung

Stellt sich der Strohmann unentgeltlich zur Verfügung, so besteht ein Auftragsvertrag i. S. der §§ 662 ff BGB. Ein reines Gefälligkeitsverhältnis ohne rechtliche Bindungen scheidet selbst bei enger persönlicher Verbundenheit regelmäßig aus, da in aller Regel über erhebliche Vermögenswerte disponiert wird.

II. Die Pflichten des Hintermanns

Abgesehen von der aus praktischen Erwägungen wohl ausscheidenden Geschäftsführung ohne Auftrag sind di Formen schuldrechtlicher Beziehungen zwischen Stroh-

---

3) Vgl. Larenz, aaO., § 52 V und Kuhn, aaO., S. 74, Fußnote 3 mit weiteren Nachweisen.

4) Anders Kuhn (aaO., S. 73 ff), der - je nach den tatsächlichen Umständen - die rechtlichen Beziehungen zwischen Strohmann und Hintermann als Geschäftsbesorgungsvertrag oder Dienstvertrag qualifiziert und letzteren nur in denjenigen "krassen Fällen" annehmen will, "in denen die Handlungsfreiheit wirklich ausgeschlossen, der Strohmann also 'sklavisch' festgelegt ist." (Kuhn, aaO., S. 77, Fußnote 13.) Die Abweichung zu der hier vertretenen Auffassung beruht auf der unterschiedlichen, m.E. zu weit gefaßten Begriff der Strohmannschaft.

mann und Hintermann durch Auftragsvertrag und Dienstvertrag erschöpft.[5]

Mit Ausnahme des prinzipiellen Unterschieds, d.h. der Frage der Vergütung, werden die Pflichten des Hintermanns gegenüber dem Strohmann durch die rechtliche Einordnung ihrer Beziehungen nicht berührt. Auf Verlangen hat der Hintermann die zur Mitwirkung bei der Gründung notwendigen Mittel - das ist zunächst der zur Anmeldung nach § 7 Abs. 2 GmbHG notwendige Teil der Einlage - vorzuschießen.[6] Für den restlichen Teil der Stammeinlage kann der Strohmann den Befreiungsanspruch geltend machen (§§ 670, 257 S. 1 BGB). Darüberhinaus steht ihm das Recht zu, für die fortdauernden Risiken - etwa die Inanspruchnahme für Nachschüsse oder die Aufbringung von Ausfällen nach § 24 GmbHG - sicher-

---

5) Anders auch insoweit Kuhn (aaO., S. 79 ff) der außer in dem bereits behandelten Geschäftsbesorgungsvertrag ebenso wie Klein (aaO., S. 12) in der Innengesellschaft eine weitere Möglichkeit erblickt. Diese Form einer internen vertraglichen Bindung führt nach der hier vertretenen Auffassung jedoch zu keiner Strohmanngesellschaft, sofern die Mitglieder der Innengesellschaft auf gleicher Stufe handeln. Die gedanklich nicht ausgeschlossene Konstruktion einer Strohmanninnengesellschaft dürfte wohl kaum praktisch werden.

6) § 669 BGB. Obwohl die §§ 611 ff BGB keinen Hinweis auf diese Bestimmung enthalten, wird die Vorschrift - ebenso wie § 670 BGB - nach einhelliger Meinung (vgl. etwa Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, § 25 II) auch im Rahmen des Dienstvertrags entsprechend angewandt. Da der Dienstpflichtige ohne besondere Vereinbarung nicht gehalten ist, die zur Ausführung der Dienstleistung erforderlichen finanziellen Mittel vorzulegen, muß auch für ihn die Möglichkeit bestehen, seine Tätigkeit bis zur Zahlung des Vorschusses zurückzustellen. Die analoge Anwendung liegt um-so näher, als in anderen Fällen entgeltlicher Geschäftsbesorgung - etwa in § 675 BGB - ausdrücklich auf §§ 669, 670 BGB verwiesen wird.

gestellt zu werden (§§ 670, 257 S. 2 BGB). Hat der Strohmann nicht Vorschuß verlangt, sondern die Stammeinlage ganz oder teilweise aus eigenen Mitteln erbracht, so kann er für diese Aufwendungen Ersatz beanspruchen.

Da der Befreiungsanspruch nach ständiger Rechtsprechung an den Gläubiger der zugrundeliegenden Forderung abgetreten werden kann - er verwandelt sich in der Hand des Zessionars in einen Zahlungsanspruch - ist die GmbH in diesem Falle nicht gehindert, wahlweise gegen Strohmann oder Hintermann oder auch gegen alle zwei vorzugehen.[7] Zahlen beide gleichzeitig und unabhängig voneinander, erhebt sich das Problem, ob dies ihre internen Beziehungen irgendwie berührt. M. E. ist dies nicht der Fall. Das Ergebnis folgt zum einen aus dem bei der GmbH allgemein bejahten wechselseitigen Treueverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern und zum anderen daraus, daß die Praxis zumindest die Erfüllung von Geldleistungen - in Anbetracht der Verweisung des § 362 Abs. 2 BGB auf § 185 BGB m. E. zutreffend - als rechtsgeschäftliche Verfügung qualifiziert, die außer dem Bewirken

---

7) Theoretisch könnte sowohl die Abtretung als auch die Überweisung der gepfändeten Forderung an Erfüllungs bzw. Zahlungs Statt erfolgen. Wird diesbezüglich nichts festgelegt, spricht das Sicherungsinteresse des Gläubigers aber für eine Abtretung erfüllungshalber bzw. eine Überweisung zur Einziehung. Vgl. § 835 ZPO und Palandt-Danckelmann, Anm. 3 a zu § 364.

der Leistung auf Seiten des Schuldners den Willen zur Erfüllung und seitens des Gläubigers den Annahmewillen voraussetzt. [8] Da die GmbH auch den Interessen ihrer Mitglieder Rechnung tragen muß, kann sie ohne Verletzung der Treuepflicht unmöglich die Leistung des Hintermanns als Erfüllung akzeptieren und die des ihr sehr viel näherstehenden Strohmanns ablehnen und diesen auf den Bereicherungsanspruch verweisen.

B. Haftung auf gesetzlicher Grundlage

Die gesetzliche Haftung des Hintermanns gegenüber dem Strohmann bietet keine Besonderheiten; sie folgt den allgemeinen Vorschriften des BGB.

---

8) Näheres zum Treueverhältnis vgl. S. 162, Fußnote 3. Zum Streitstand betreffend die Voraussetzungen der Erfüllung vgl. Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 362.

ZWEITER ABSCHNITT

HAFTUNG DES HINTERMANNS GEGENÜBER DEN GESELLSCHAFTSGLÄUBIGERN

ERSTER TEIL

HAFTUNG VOR EINTRAGUNG DER GMBH IN DAS HANDELSREGISTER

Vorbemerkung

Faßt man die bisher gewonnenen Ergebnisse zusammen, so zeigt sich der Hintermann als die zentrale Figur der Strohmann-GmbH. Kraft seines aus der gesellschaftsfremden Beziehung zum Strohmann resultierenden Weisungsrechts bestimmt er nicht nur weitgehend die innere Struktur der Gesellschaft,[1] sondern vermag darüberhinaus auch Art und Umfang der Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten maßgeblich zu beeinflussen. Zwischen partieller und ausschließlicher Strohmann-GmbH besteht in diesem Punkt kein wesentlicher Unterschied. Wenn sich auch der Hintermann bei der partiellen Strohmann-GmbH unmittelbar selbst am Abschluß des Gesellschaftsvertrags beteiligt und damit eine zusätzliche persönliche Bindung zwischen Strohmann und Hintermann entsteht, so ist der Gesellschaftsvertrag doch gerade dadurch gekennzeichnet, daß er sich inhaltlich auf das in § 3 Abs. 1 GmbHG zwingend vorgeschriebene Minimum beschränkt; ein Mehr an gesellschaftlicher Bindung ist nicht gewollt.[2]

Angesichts dieser Situation erhebt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Möglichkeit besteht, den Hintermann in die Haftungsver-

---

1) Der Gesellschaftsvertrag wird einseitig festgelegt, nicht zwischen unabhängigen Personen ausgehandelt. Vgl. Kuhn, aaO., S. 112 f.

2) Vgl. Kuhn, aaO., S. 113.

hältnisse mit einzubeziehen.

Die Untersuchung befaßt sich im ersten Kapitel kurz mit dem Begriff der Vorgesellschaft und stellt sodann - ausgehend von den Grundzügen der gesetzlichen Regelung - den Stand der Meinungen zur Haftung der Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG zusammen. Im zweiten Kapitel soll der Versuch unternommen werden, den Sinn der genannten Haftungsnorm im Wege der Auslegung zu ermitteln und die hieraus gewonnenen Erkenntnisse für die Entscheidung der aufgeworfenen Fragen nutzbar zu machen.

Der Aufbau weicht damit ganz bewußt von dem weithin üblichen Schema ab, Kritik und eigene Lösung scharf zu trennen, d. h. zunächst die bisher vortretenen Meinungen im einzelnen zu analysieren und über deren kritische Würdigung zu einer eigenen Lösung zu gelangen. Dieser Weg ist m. E. nur dann gangbar, wenn eine oder mehrere Auffassungen bereits in sich Unklarheiten oder Widersprüche aufweisen. Sofern der Streit jedoch wie hier - das zweite Kapitel wird dies deutlich zeigen - im Grundsätzlichen wurzelt, hängt eine kritische Stellungnahme ohne gesicherte Ausgangsbasis sozusagen in der Luft. Ebenso unangebracht wäre es aber, die Auseinandersetzung zunächst auszuklammern und erst nach Abschluß der eigenen Überlegungen nachzuholen. In Hinblick auf eine möglichst geschlossene Darstellung ist es m. E. am zweckmäßigsten, den bisher erarbeiteten Ansätzen im Rahmen der eigenen Erörterung entsprechend dem jeweiligen Sachzusammenhang Rechnung zu tragen.

ERSTES KAPITEL

DAS AUSSENVERHÄLTNIS DER VOR-GMBH

A. Begriff der Vorgesellschaft

Die Gründung einer GmbH erfolgt notwendigerweise in verschiedenen Abschnitten.[3] Haben sich mindestens zwei Personen zur Gründung bereit erklärt, so ist der erste Schritt der Abschluß des Gesellschaftsvertrags in gerichtlicher oder notarieller Form. Den zweiten Schritt bildet die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrags und Registrierung wird die Gründung gewöhnlich als Vorgesellschaft bezeichnet.[4] Die so definierte Vorgesellschaft ist begrifflich streng von der sogenannten Vorgründungsgesellschaft zu trennen. Darunter ist nach ganz allgemeiner Meinung der Zusammenschluß der Gründungsinteressenten zu verstehen, der darauf abzielt, unter den Beteiligten die Möglichkeiten einer Verbandsgründung und der entsprechenden Kapitalaufbringung zu sondieren. Die Vorgründungsgesellschaft ist also lediglich eine Vorstufe der Vorgesellschaft.[5] In ihrer typischen Form ist die Vorgesellschaft eine Übergangserscheinung. Daneben finden sich aber auch Fälle, bei denen der Abschluß

---

3) Vgl. die interessanten Angaben über die Dauer des Gründungshergangs bei Dregger, Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft von AG, GmbH, Genossenschaft und Verein, S. 14.

4) Daneben findet sich auch die Formulierung "Gründergesellschaft" und als Oberbegriff für sämtliche juristischen Personen des Privatrechts in der Zeit zwischen Feststellung des Gesellschaftsvertrags, bzw. der Satzung und Registrierung bzw. Konzessionierung der Ausdruck "Gründungsverband."

5) Über Einzelheiten, insbesondere zu Rechtsnatur und Dauer der Vorgründungsgesellschaft, vgl. Büttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, S. 42 f mit weiteren Nachweisen, aaO., Fußnote 5.

der Gründung durch Eintragung in das Handelsregister in den Hintergrund tritt oder überhaupt aufgegeben wird und die Vorgesellschaft so ihre Interimsnatur verliert. Die Arbeit beschränkt sich darauf, lediglich den Haftungsverhältnissen bei der typischen Vorgesellschaft nachzugehen.[6)]

B. Haftung der Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG

I. Ausgangslage nach dem Gesetz

§ 11 Abs. 2 GmbHG normiert eine gesamtschuldnerische Haftung der Handelnden, wenn vor Eintragung namens der Gesellschaft gehandelt wird. Parallelbestimmungen finden sich in Aktienrecht (§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG) und im Recht des nichteingetragenen Vereins (§ 54 S. 2 BGB). § 11 Abs. 2 GmbHG hat keinen unmittelbaren Vorläufer, da die GmbH als Gesellschaftsform erst durch das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4. 1892 in Deutschland eingeführt wurde. Zwar ist dieses Gesetz bis heute mehrfach geändert worden; § 11 Abs. 2 wurde jedoch davon nicht betroffen. Anders verhält es sich mit der aktienrechtlichen Haftungsvorschrift: Sie findet sich bereits als § 34 Abs. 1 S. 2 im AktG von 1937, als § 200 Abs. 1 S. 2 im HBG, als Art. 211 Abs. 2 in der Neufassung des ADHGB aufgrund der Aktienrechtsnovelle vom 11.6.1870 und ebenso schon in der ursprünglichen Fassung des ADHGB vom 24.6.1861. Da die GmbH als "kleine Schwester" der AG entwickelt wurde, können die genannten Bestimmungen auch als Vorläufer des § 11 Abs. 2 GmbHG angesehen werden.

---

6) Zur atypischen Vorgesellschaft vgl. Dregger, aaO., S. 57 ff und Büttner, aaO., S. 79 ff, jeweils mit weiteren Nachweisen.

II. Darstellung des Streitstandes

Wer als "Handelnder" im Simme des § 11 Abs. 2 GmbHG zu erfassen ist, ist seit Jahrzehnten heftig umstritten.

1. Wandel der herrschenden Meinung

a) § 11 Abs. 2 GmbHG als Anwendungsfall der Grundsätze über die Vertretung ohne Vertretungsmacht

Zur Zeit des ADHGB und noch einige Zeit danach, vertrat die herrschende Meinung den Standpunkt, die Haftungsnormen seien nur ein Anwendungsfall der Grundsätze über die Vertretung ohne Vertretungsmacht wie sie früher in Art. 55 ADHBG normiert waren und heute in §§ 177 ff BGB niedergelegt sind. Da eine Kapitalgesellschaft als juristische Person erst durch die Eintragung in das Handelsregister entstehe, trete der vor Eintragung namens der Gesellschaft Handelnde im Namen einer nicht existenten Person und somit zwangsläufig ohne Vertretungsmacht auf.[7)]

b) § 11 Abs. 2 GmbHG als Strafbestimmung

Im weiteren Verlauf setzte sich die Meinung durch, die gesellschaftsrechtlichen Haftungsbestimmungen seien als Strafvorschriften zu verstehen.[8)] Durch die persönliche Haftung soll verhindert werden, daß schon vor Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt werde.

Von dieser Voraussetzung ausgehend, kommt das RG[9)] zu dem Ergebnis, unter den Handelnden seien nicht allein die geschäftsführenden Mitglieder der Grün-

---

7) So Staub, 6.u.7. Auflage, Anm. 4 zu § 200 mit weiteren Nachweisen.

8) So RGZ 55, 302; 70, 296; Staub in Hachenburg, 4. Aufl., Anm. 9 zu § 11. Weitere Nachweise bei Dregger, aaO., S. 103, Fußnote 1.

9) RGZ 55, 302.

dungsgesellschaft, sondern auch alle diejenigen Zeichner von Anteilen zu verstehen, mit deren Willen gehandelt worden sei. Zur Begründung beruft sich das RG zunächst auf die Nürnberger Protokolle über die Beratung des Art. 211 ADHGB, Seite 1450. Als zweites Argument zieht das RG den Wortlaut der Vorschrift heran.[10] Die Formulierung schließe es keineswegs aus, unter die Handelnden auch diejenigen einzureihen, "die als sachlich interessiert die Triebfeder für denjenigen bilden, der äußerlich die Geschäfte führt und infolgedessen mit Dritten in rechtliche und geschäftliche Beziehungen tritt."[11]

c) Heute herrschende Meinungin Rechtsprechung und Literatur

(1) Rechtsprechung

Die heute herrschende Meinung in der Rechtsprechung beruht auf der Entscheidung des RG vom 29.10. 1938.[12] Hier wird ausgeführt, ein Handeln namens der noch nicht eingetragenen Kapitalgesellschaft sei vielfach wirtschaftlich gerechtfertigt und kaum zu vermeiden. Von einer "rechtspolizeilichen Natur"[13] könne nur insofern die Rede sein, als sie dem Schutz des Geschäftsgegners insbesondere vor einem Fehlschlagen der Gründung dienen und nebenher die Handelnden zur Vorsicht mahnen soll. Nach Ansicht des RG stellt § 11 Abs. 2 GmbHG eine Gläubigerschutzbestimmung eigener Art dar, deren Bedeutung darin besteht, "für diejenigen Geschäfte, die für die noch nicht bestehende Gesellschaft abgeschlossen worden sind, einen Schuldner zu schaffen.[14] Diese Schutzfunktion treffe auch dann zu,

---

10) Die Entscheidung stammt aus dem Jahre 1903 und erging zu § 200 Abs. 1 S. 2 HGB, der § 11 Abs. 2 GmbHG fast wörtlich entspricht.

11) RGZ, aaO., S. 304; ebenso RGZ 70, 296 und zwar unmittelbar zu § 11 Abs. 2 GmbHG.

12) RGZ 159, 33.

13) RGZ, aaO., S. 43.

14) RGZ 117, 194; so auch schon RGZ 75, 205.

wenn vor der Eintragung von vertretungsberechtigten Personen mit Wirksamkeit gegen die eingetragene Gesellschaft gehandelt werde. Sie entfalle nur dann, wenn das Rechtsgeschäft mit einem Mitglied der Gründungsgesellschaft abgeschlossen werde.[15)]

Um den Schutz der Vertragspartner wirksam auszugestalten, müsse die Haftung alle treffen, die durch ihr Handeln zu deren Gefährdung beigetragen haben. Auf das rein äußerliche Merkmal, wer dem Dritten unmittelbar handelnd gegenübergetreten sei, könne es nicht entscheidend ankommen.

Der BGH hat diese Rechtsprechung in vollem Umfang übernommen. Im Urteil vom 15.6.1955[16)] hält er es aus der Schutzfunktion der Vorschrift heraus für gerechtfertigt, nicht nur die unmittelbar im Namen der Gesellschaft Auftretenden der persönlichen Haftung zu unterwerfen, sondern auch diejenigen, "die als Gründer und Aktienzeichner ausdrücklich oder stillschweigend ihr Einverständnis zu dem Handeln der für die nichteingetragene Gesellschaft Auftretenden gegeben haben und damit die Triebfedern des Handelns sind."[17)]

Im Urteil vom 27.2.1961[18)] wird dieser Standpunkt bestätigt und darauf hingewiesen, es sei auch kein innerer Grund ersichtlich, den (Mit)Urheber "des Geschäftsabschlusses anders zu behandeln, als den Geschäftsabschließenden selbst."[19)]

(2) Literatur

Die Ansichten in der Literatur sind unterschiedlich:

---

15) RGZ 105, 153.

16) BGHZ in MDR 55, 726.

17) BGH, aaO.

18) LM § 11 GmbHG Nr. 10.

19) BGH, aaO. Offengelassen im Urteil des BGH vom 8.7.1957 LM § 11 GmbHG Nr. 9. Vgl. weiterhin BGHZ 47, 25 sowie Urteile des BGH v. 24.10.68 und 9.2.70, abgedruckt in MDR 69, 293 f bzw. MDR 70, 488 f.

Überwiegend schließen sich die Autoren ohne eigene Stellungnahme der Rechtsprechung an.[20] Während sich aber dort die weite Auslegung des Begriffs der Handelnden auf die zukünftigen Gesellschafter bezieht, so geht die Auffassung des Schrifttums zum Teil noch darüber hinaus. Schilling,[21] Brodmann[22] und Vogel[23] wenden § 11 Abs. 2 GmbHG auch auf die Personen an, die - ohne nach außen hin tätig geworden zu sein - den Auftrag zum Handeln gegeben haben. Noch umfassender meint Dregger[24] es sei "nicht einzusehen, warum diese Hintermänner sich durch eine Vertretung von seiten unvermögender Strohmänner der Haftung sollten entziehen können."

Innerhalb der Ansicht, daß es zur Erreichung des Sicherungszweckes von § 11 Abs. 2 GmbHG nicht genügt, nur die unmittelbar Handelnden haften zu lassen, geht der Streit heute darüber, wie die Schlagworte "Triebfeder des Handelns," "Auftraggeber" und "Hintermann" genauer zu umreißen sind. Diese Umschreibungen passen nämlich sowohl auf den, der zu einer ganz genau bestimmten Handlung den "konkreten Anstoß"[25] gegeben hat, als auch auf den, der zur Bestellung eines Geschäftsführers und zur Aufnahme der geschäftlichen Tätigkeit durch die Vorgesellschaft nur allgemein seine Zustimmung gegeben hat.

Schulze-von Lasaulx[26] vertritt den Standpunkt, daß ein "bloßes Einverständnis" keine ausreichende

---

20) So Schlegelberger-Quassowski, Anm. 6 zu § 34; Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 3 A zu § 11.

21) In Hachenburg, Anm. 9 zu § 11.

22) Anm. 3 b zu § 11.

23) Anm. 5 zu § 11.

24) GmbH Rdsch 1952, 185; vgl. auch Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft S. 108.

25) Schulze-v.Lasaulx, MDR 55, 729.

26) JZ 52, 390 und MDR 55, 729.

Grundlage für die persönliche Haftung sein könne. "Der Zugriff der Gläubiger ist nach dem Sicherungszweck der Vorschrift nur demgegenüber gerechtfertigt, der sich mit dem persönlich Handelnden identifiziert und somit dessen Rechtshandlungen im verstärkten Maße billigt."[27] Dregger[28] spricht im gleichen Zusammenhang von "aktiver Einflußnahme ... an der namens der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlung." Büttner,[29] der von einer ganz anderen Grundvorstellung ausgeht und § 11 Abs. 2 GmbHG als einen gesetzlichen Fall der kumulativen Schuldübernahme begreift, hat die zuletzt genannte Formulierung übernommen, meint aber in bezug auf die Parallelvorschrift im AktG, daß neben den unmittelbar nach außen hin Handelnden nur Gründer oder Vorstandsmitglieder haftbar gemacht werden können.[30] Eine Identifizierung ermöglicht sich nach Schulze-v.Lasaulx[31] nur dort, wo etwa ein Gesellschafter "über die zu ergreifenden einzelnen konkreten Maßnahmen nach Art und Umfang informiert war und es gebilligt hat, daß diese von dem persönlich Haftenden vorgenommen werden."

Der BGH hat die Frage, ob ein allgemeines Einverständnis zum Beginn des Geschäftsverkehrs der Vorgesellschaft, das sich nicht auf die konkrete Abwicklung der einzelnen Rechtsgeschäfte bezieht, genügt, zunächst bejaht, inzwischen aber die Auf-

---

27) Schulze-v.Lasaulx, MDR 55, 729.

28) GmbH Rdsch 52, 185.

29) AaO., S. 163.

30) Auf diese Meinung und insbesondere deren Voraussetzung, nämlich die Annahme, daß bereits die im Werden begriffene juristische Person als Träger der namens der Gesellschaft begründeten Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen ist, wird noch im einzelnen zurückzukommen sein.

31) AaO. Hervorhebungen im Original.

fassung der soeben genannten Autoren übernommen.[32]

2. Gegenstimmen -

Neben diesen verschiedenen Spielarten der wohl herrschenden Meinung lehnen einige Autoren die Haftung derjenigen, die nicht unmittelbar namens der Gesellschaft tätig geworden sind, ab. Hier ist insbesondere Scholz zu nennen.[33] Wie die herrschende Auffassung sieht er die Bedeutung des § 11 Abs. 2 GmbHG darin, dem Drittkontrahenten einen Vertragspartner zu verschaffen, wenn im Namen der noch nicht eingetragenen Gesellschaft Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden. "Die Vorschrift will ... Vertragsschlüsse im Vorstadium der GmbH ermöglichen."[34] Aber eine extensive Auslegung des Begriffs der Handelnden lehnt er ab. "Wenn es in ein und demselben Satz heißt: 'Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden ...,' so ist es sprachlich unmöglich, im zweiten Satzteil unter den 'Handelnden' andere zu verstehen, als die, welche 'im Namen der Gesellschaft' gehandelt haben."[35] Andere Personen als die unmittelbar Handelnden zur Haftung heranzuziehen, ist seiner Meinung nach auch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht gerechtfertigt. Der Dritte solle darauf vertrauen können, daß derjenige, der namens der GmbH mit ihm abschließt, als Schuldner verpflichtet ist. "Aber auf Mithaftung von Gesellschaftern, die er möglicherweise überhaupt nicht kannte, und von denen er nicht wußte, ob sie mit dem Rechtsgeschäft einverstanden waren oder gar zu ihm angeregt haben, hat er nicht vertraut."[36]

---

32) LM GmbHG § 11 Nr. 6 und BGHZ 47,25 sowie Urteil vom 24.10.1968, abgedruckt in MDR 69, 293 f.

33) Vgl. GmbH Rdsch 1956, 3 ff und Kommentar, Anm. 3 zu § 11.

34) Scholz, GmbH Rdsch 1956, 4.

35) Scholz, aaO., S. 4/5. Hervorhebung im Original.

36) Scholz, aaO., S. 5; ebenso Schneider, GmbH Rdsch 1952, 129.

Einen ablehnenden Standpunkt nimmt auch Pleyer in einer Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.2.61 ein.[37)]

III. Zusammenfassung

Der Überblick zeigt, daß der personelle Umfang der Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG keineswegs einheitlich beurteilt wird. Während nach der heute überwiegenden Meinung als Handelnde nur Geschäftsführer und Gründer in Frage kommen, zieht ein Teil der Literatur die Grenze weiter und wendet die Vorschrift auch auf Hintermänner und Auftraggeber an, sofern auch diese sich mit dem unmittelbar nach außen hin Auftretenden "identifizieren."

Zweites Kapitel

Kritische Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag

A. Vorbemerkung

Im folgenden soll anhand der Auslegung des § 11 Abs. 2 GmbHG der Sinn dieser Vorschrift ermittelt werden. Der aufgezeigte Streit kann nicht auf sich beruhen, da sich allein auf der Grundlage der heute vertretenen Auffassungen für die Lösung des aufgeworfenen Problems erhebliche Unterschiede abzeichnen. Aus der Sicht der engsten Meinung, wie sie etwa von Scholz vertreten wird, scheidet die Einbeziehung des Hintermanns in den Kreis der haftenden Personen aus, da es ja gerade zum Wesen der Strohmann-GmbH gehört, daß der Hintermann nach außen hin nicht in Erscheinung tritt. Nach den beiden übrigen Auffassungen ist - abgesehen von der Frage der "Identifizierung" - die Einbeziehung

---

37) GmbH Rdsch 1961, 127 ff.

möglich, jedoch ergeben sich Unterschiede für die ausschließliche Strohmann-GmbH, da der Hintermann hier nicht Mitglied des Gründungsverbandes wird.

Bevor sich die Arbeit der Auslegung des § 11 Abs. 2 GmbHG zuwendet, erscheint ein kurzer Blick auf das methodische Rüstzeug geboten.

B. Blick auf Ziel und Kriterien der Gesetzesauslegung

I. Ziel der Auslegung

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts stehen sich hierzu zwei Meinungen gegenüber, die allgemein als subjektive und objektive Theorie bezeichnet werden.[1)]

1. Subjektive Theorie

Nach der subjektiven Theorie ist das Gesetz das Werk des historischen Gesetzgebers. Ziel der Auslegung kann es daher nur sein, den Willen des historischen Gesetzgebers zu erforschen und das Gesetz aus dessen Sicht heraus zu interpretieren.

2. Objektive Theorie

Ganz anders die objektive Theorie. "Mit dem Akt der Gesetzgebung, so sagen die Objektivisten, löst sich das Gesetz von seinem Urheber los und wird in ein objektives Dasein erhoben. Der Urheber hat seine Rolle ausgespielt, er tritt hinter seinem Werk zurück. Das Werk ist der Gesetzestext, der 'Wort gewordene Wille' des Gesetzes, der 'mögliche und wirkliche Gedankeninhalt' der Gesetzesworte. Dieser dem Gesetz immanente Gedanken- und Willensinhalt ist fürder allein maßgeblich. Denn er allein ist verfassungsmäßig in Erscheinung getreten und legalisiert,

---

1) Vgl. dazu Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 85 ff und Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 233 ff.

während die um ihn kreisenden Vorstellungen und Erwartungen der Gesetzesschöpfer keinerlei Verbindlichkeit erlangt haben."[2] Ziel der objektiven Theorie ist es daher, aus der Sicht der Gegenwart das für heutige Verhältnisse Vernünftige, Zweckmäßige und Angemessene aus dem Gesetzestext zu entnehmen.

3. Eigener Standpunkt

In ihrer reinen Form stellen beide Theorien nur eine "Teilwahrheit"[3] dar. Der Nachteil der subjektiven Theorie liegt darin, daß neue technische, wirtschaftliche, soziale, politische, kulturelle, moralische Tatbestände, die der historische Gesetzgeber weder kennen noch bedenken konnte, sich einer Beurteilung anhand der bestehenden Gesetze entziehen. Die richterliche Entscheidung neuer Phänomene wird erst möglich, nachdem die Gesetzgebung mit der Entwicklung gleichgezogen hat. Berücksichtigt man die Schwerfälligkeit der Legislative, so erkennt man, daß die subjektive Theorie der lebensgestalterischen Aufgabe des Gesetzes nicht voll gerecht werden kann.

Für demokratische und parlamentarische Verfassungssysteme wird z. T. die objektive Methode als die einzig mögliche angesehen. Zweifellos wirkt die Verfassung eines Staates auf die Frage der Gesetzesauslegung ein. Man denke nur an die absolute Monarchie, die den Willen des Souveräns mit dem Gesetz gleichsetzt. Daß die eingangs erwähnte Behauptung trotzdem nicht unbedingt zutrifft, ergibt sich schon aus dem Prinzip der Gewaltenteilung und dem gleichberechtigten Nebeneinander der Gewalten, wie

---

2) Engisch, aaO., S. 89. Hervorhebungen im Original.
3) Larenz, aaO., S. 238.

es für die Bundesrepublik in Art. 20 GG niedergelegt ist. M. E. zu Recht sagt Engisch, daß die reine objektive Theorie "die willensmäßige, politisch-dezisionistische Bedeutung der Gesetzgebung auch in der Demokratie zu gering achtet und den anderen Gewalten im Staate, die in gewissem Sinne dem Willen des Gesetzgebers und seinen das Staatsganze zusammenhaltenden Direktiven folgen sollten, zu viel Eigenständigkeit einräumt, was Gefahren des Mißbrauchs und der Desintegration in sich schließt."[4]

Eine rein objektive Theorie läßt sich danach ebensowenig halten wie eine rein subjektive Theorie. "Die Wahrheit kann nur in der Synthese gefunden werden."[5] Das bedeutet aber nicht, daß man beide Theorien einfach nebeneinanderstellt. Zunächst muß das Ziel der Auslegung eindeutig festgelegt werden. Dabei ist mit Larenz der "normative Gesetzessinn" dem Willen des Gesetzgebers im Sinn eines"historischen Faktums" vorzuziehen, "denn das bloße 'Faktum' des tatsächlich so Gewollten hat für sich allein keine normative Kraft; diese kommt nur dem Gesetz als dem objektivierten allgemeinen Rechtswillen zu."[6] Bei der Ermittlung des normativen Gesetzessinnes ist aber das Faktum des historischen Willens zu berücksichtigen. "Das Gesetz trägt als der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers die Züge seiner Zeit, aber es wandelt sich auch, als jetzt geltendes, mit der Zeit."[7] Beide Momente sind für die Auslegung von gleich großer Bedeutung.

II. Auslegungskriterien

Soll die Auslegung nicht willkürlich, sondern in nachprüfbarer Art und Weise erfolgen, so muß das

---

4) Engisch, aaO., S. 95; Hervorhebung im Original.
5) Larenz, aaO., S. 239.
6) Larenz, aaO.; Hervorhebung im Original.
7) Larenz, aaO., S. 240; Hervorhebung im Original.

Gesetz an bestimmten Auslegungskriterien gemessen werden. Herkömmlich unterscheidet man die grammatikalische, systematische und teleologische Auslegungsmethode.

1. Grammatikalische Auslegung

Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext. Daher steht am Anfang jeder Auslegung die rein grammatikalische Erfassung des Wortsinnes. Darunter ist "die Bedeutung eines Ausdrucks, auch einer Satzform, im allgemeinen Sprachgebrauch" zu verstehen.[8] Der mögliche Wortsinn, d.h. die Gesamtheit derjenigen Bedeutungen, die nach dem allgemeinen Sprachgebrauch noch mit diesem Ausdruck verbunden werden können, bezeichnet den Bereich, innerhalb dessen sich die Auslegung dabei bewegen kann. Fällt der unter das Gesetz zu subsumierende Sachverhalt in den "Kernbereich"[9] des allgemeinen Sprachgebrauchs, so ist das Ziel der Auslegung - Feststellung des normativen Sinnes - bereits erreicht. Trifft der Sachverhalt den sprachlichen "Randbereich"[10], so muß das Ziel der Auslegung anhand weiterer Kriterien verfolgt werden.

2. Systematische Auslegung

Neben dem Wortsinn ist als zweites der logisch-systematische Zusammenhang der Norm zu beachten. Hier ist zu fragen, ob sich aus dem Bedeutungszusammenhang der einzelnen Teile eines Rechtssatzes sowie der sinnhaft aufeinander bezogenen Rechtssätze untereinander etwas entnehmen läßt, das die Norm eindeutig festlegt.

---

8) Larenz, aaO., S. 241/242; Hervorhebung im Original.

9) Larenz, aaO., S. 242.

10) Larenz, aaO.

3. Teleologische Auslegung

Lassen weder grammatikalische noch systematische Methode den normativen Sinn des Gesetzes eindeutig erkennen, so tritt die Auslegung mit dem teleologischen Kriterium in ihre entscheidende Phase. Grundlegend ist der Zweck, den der historische Gesetzgeber im Auge hatte. Dieser Zweck setzt sich auch gegenüber dem allgemein üblichen Sprachgebrauch und der logisch-systematischen Stellung des Gesetzes durch. An ihn ist der Richter gebunden; "er darf nicht einen von ihm für wünschenswert gehaltenen Zweck an seine Stelle setzen."[11] Ist der Zweck der historischen Regelung jedoch nicht erkennbar oder durch eine Änderung der Verhältnisse gegenstandslos geworden, so ist auf den Zweck zurückzugreifen, der einer derartigen Regelung "vernünftigerweise"[12] zukommt. Die Auslegung hat sich dabei an den objektiven Zwecken des Rechts wie Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, sozialer Ausgleich etc. zu orientieren.

C. Die Auslegung des § 11 Abs. 2 GmbHG

Nachdem die wesentlichen Grundsätze der Auslegung dargestellt wurden, müssen sie jetzt auf die hier interessierende Haftungsnorm angewendet werden. Um nicht einem "spezialgesetzlichen Provinziallismus" zu verfallen, erstreckt sich die Untersuchung auch auf § 41 Abs. 1 S. 2 AktG, die Parallelvorschrift im Aktienrecht.

I. Grammatikalische Auslegung

Das Wort "Handelnde" läßt nach allgemeinem Sprachgebrauch zwei Deutungen zu. Der Kernbereich umfaßt diejenigen Personen, die unmittelbar namens der

---

11) Larenz, aaO., S. 258/259.
12) Larenz, aaO., S. 250.

noch nicht eingetragenen Gesellschaft aufgetreten sind. In seinem Randbereich kann der Wortsinn aber auch so verstanden werden, daß er alle Personen ergreift, welche die betreffende Maßnahme in irgendeiner Weise beeinflußt haben. Dabei erschöpft sich der Wortsinn nicht in einem aktiven Tun, sondern trifft daneben auch diejenigen Personen, deren passives Verhalten die einzelne Maßnahme gefördert hat.[13] Scholz[14] ist insoweit zuzustimmen, als der gängige Sprachgebrauch für eine - vom betroffenen Personenkreis her gesehen - enge Auslegung spricht. Der mögliche Wortsinn schließt aber eine weitere Auffassung mit ein.

II. Systematische Auslegung

1. Ausgangspunkt: Gesamtkomplex Vorgesellschaft

Die Haftungsnormen regeln einen ganz bestimmten Sachverhalt aus der Zeit vor Eintragung der Gesellschaft. Systematisch sind sie daher im Zusammenhang mit dem "Gesamtkomplex Vorgesellschaft" zu sehen.

2. Gesetzliche Regelung der Vorgesellschaft

Die gesetzliche Regelung der Vorgesellschaft ist ausgesprochen dürftig. Über den Rechtszustand der GmbH vor der Registrierung enthält § 11 Abs. 1 GmbHG lediglich die Feststellung, daß die Gesellschaft "als solche" nicht besteht. Ebenso - im maßgeblichen Teil wörtlich übereinstimmend - § 41 Abs. 1 S. 1 AktG. Neben dieser negativen Formulierung und den Haftungsvorschriften, um deren Auslegung es hier geht, enthält das Recht der Kapi-

---

13) Für das Wort "Handlung" ist dies seit langem anerkannt. Die enge Verwandtschaft beider Worte läßt m.E. keine unterschiedliche Beurteilung zu.

14) GmbH Rdsch 1956, S. 3 ff.

talgesellschaften noch einige weitere Bestimmungen, die einzelne Beziehungen der Vorgesellschaft beleuchten.

Nach §§ 26 und 27 AktG müssen Vereinbarungen über Sacheinlagen, Sachübernahmen, Gründungsaufwand und Sondervorteile in der Satzung der Aktiengesellschaft niedergelegt werden. Erfolgt dies nicht, so sind derartige Vereinbarungen der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Nach § 5 Abs. 4 GmbHG müssen Vereinbarungen über Sacheinlagen auch bei der GmbH im Gesellschaftsvertrag verankert werden. Das gleiche gilt für Sachübernahmen, wenn die Vergütung auf die Stammeinlage angerechnet werden soll. Dazu bestimmt § 19 Abs. 3 GmbHG, daß eine Sacheinlage oder eine Leistung auf die Stammeinlage, die durch Aufrechnung der Vergütung für eine Sachübernahme bewirkt wird, den Gesellschafter nur unter dieser Voraussetzung von seiner Einlageverpflichtung befreit. "Da es sich bei den Sachübernahmeabkommen um schuldrechtliche Verträge zwischen der Körperschaft und Dritten handelt, wird durch § 27 AktG" und § 5 Abs. 4 GmbG "ausdrücklich anerkannt, daß vor der Eintragung bestimmte individualrechtliche Verbindlichkeiten eingegangen werden können."[15] Nach § 41 Abs. 2 AktG kann die eingetragene Aktiengesellschaft Verbindlichkeiten, die vor der Eintragung durch Handeln in ihrem Namen begründet wurden, in einer - gemessen an § 415 BGB - vereinfachten Weise übernehmen.

Alle diese Vorschriften beleuchten nur einzelne Punkte der Kapitalgesellschaften vor Eintragung und lassen kein klares Bild über den Rechtszustand der Vorgesellschaft erkennen. Über diese Frage wird daher seit Jahrzehnten gestritten.

---

15) Dregger, Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft, S. 40.

3. Stand der Meinungen zum Problem Vorgesellschaft

Im Wesentlichen stehen sich zwei extrem unterschiedliche Ansichten gegenüber, die aber beide jeweils bei § 11 Abs. 1 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG ansetzen.[16]

a) Subjektwechseltheorie[17]

(1) Grundform

Die erste Meinung[18] rückt bei der Auslegung der §§ 11 Abs. 1 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 1 AktG die Formulierung "vor der Eintragung in das Handelsregister ... besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (bzw. die Aktiengesellschaft) ... nicht" in den Vordergrund und schließt daraus, daß der Gründungsverband im Verhältnis zur eingetragenen Gesellschaft ein "aliud", und zwar eine BGB-Gesellschaft oder einen nicht eingetragenen Verein darstellt. Der wesensmäßige Unterschied beider Organisationsformen besteht darin, daß das Vermögen des Gründungsverbandes den Gesellschaften in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zusteht, während es der eingetragenen Gesellschaft als eigenständigem Rechtsträger zugeordnet ist. Der Übergang der von der Registrierung begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auf die eingetragene Gesellschaft kann sich daher begrifflich nur im Wege rechtsgeschäftlicher Einzelnachfolge unter Wechsel des Rechtsträgers vollziehen. Außer auf den Wort-

---

16) Eine grundlegende andere Auffassung vertritt Würdinger, Aktienrecht, S. 105 ff, die sich jedoch nicht durchgesetzt hat u.daher im Rahmen dieser Arbeit vernachläßigt werden kann. Näheres vgl. Büttner, aaO., S. 150 ff.

17) Bezeichnet nach Büttner, aaO., S. 148.

18) Vertreten mit unterschiedlichen Auffassungen in Einzelfragen von Ritter, Anm. 2 zu § 34; Godin-Wilhelmi, Anm. 1 zu § 34; Brodmann, Anm. 1a zu § 11; Baumbach-Hueck, AktG, Anm. 1 u.2 zu § 34; dieselben, GmbHG, Anm. 2a zur Übersicht vor § 1. Weitere Nachweise bei Dregger, aaO., S. 44, Fußnote 1 und Büttner, aaO., S. 148, Fußnote 53 auch zum Vereinsrecht.

laut der eingangs genannten Bestimmungen stützen sich die Vertreter der Subjektwechseltheorie auch auf § 41 Abs. 2 AktG. Die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Schuldübernahme, durch die die AG erst Schuldnerin der zwar in ihrem Namen, aber vor ihrer Entstehung begründeten Verbindlichkeiten werde, schließt es nach dieser Meinung aus, daß die Gesellschaft schon ohne weiteres Schuldnerin dieser Verbindlichkeiten wurde.

Was die Konsequenzen betrifft, so gehen die Ansichten der einzelnen Verteter auseinander:

Ein Teil[19] vertritt den Standpuntk, daß Rechte für die künftige eingetragene Gesellschaft unmittelbar grundsätzlich nur durch Vertrag zugunsten Dritter und Verpflichtungen nur aus Geschäftsführung ohne Auftrag erwachsen könnten. Etwas anderes gelte nur dort, wo das Gesetz - wie in §§ 26 und 27 AktG, § 5 Abs. 4 GmbHG - eine Ausnahme angeordnet habe. Im engen Rahmen dieser Spezialvorschriften sei es möglich, die GmbH bzw. AG schon vor der Registrierung rechtsgeschäftlich zu binden. Sofern Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen ordnungsgemäß in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag festgelegt seien, trete die juristische Person mit Eintragung ipso iure in die daraus entspringenden Rechte und Pflichten ein.

(2) Abwandlung

Von der gleichen Grundvorstellung ausgehend faßt ein anderer Teil[20] §§ 26 und 27 AktG, 5 Abs. 4 GmbHG nicht als abschließende Sonderregelung auf.

---

19) Von den oben zitierten Stimmen: Ritter, Godin-Wilhelmi und Brodmann.

20) So Baumbach-Hueck, AktG, Anm. 2 A zu § 34; Schlegelberger-Quassowski, Anm. 4 zu § 34; Teichmann-Koehler, Anm. 3b zu § 34; weitere Nachweise bei Dregger, aaO., S. 44, Fußn. 1.

Nach dieser Lösung lassen sich die genannten Vorschriften analog auch auf Rechtsgeschäfte anwenden, die andere Vereinbarungen zum Gegenstand haben. Danach können also Rechte und Verbindlichkeiten beliebiger Art und in beliebigem Umfang mit Wirkung für und gegen die künftige juristische Person vor Eintragung in das Handelsregister begründet werden, wenn nur entsprechend §§ 26, 27 AktG, 5 Abs. 4 GmbHG darüber eine Feststellung in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag erfolgt.

b) Identitäts- oder Einheitstheorie

(1) Uneingeschränkte Form

Die zweite Meinung[21] geht von einer völlig anderen Auslegung der §§ 11 Abs. 2 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 1 AktG aus. Sie legt das Schwergewicht nicht wie die erste Meinung auf die Formulierung ... "besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (bzw. AG) ... nicht," sondern auf den vollständigen Wortlaut ... "besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (bzw. AG) als solche nicht." Aus den durch Unterstreichung hervorgehobenen Worten folgert sie, daß die Gesellschaft schon vor der Eintragung besteht und durch die Eintragung nur zusätzlich die Eigenschaft Rechtsfähigkeit erhält.

Die Vorgesellschaft stellt danach im Verhältnis zur eingetragenen Gesellschaft ein wesensmäßig

---

21) Vertreten mit einzelnen Abweichungen untereinander von Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, S. 36, 65 ff; Feine in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 3 Abt. III S. 201 ff; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 258, 260 und Iher Jb. 73, 136 ff; grundsätzlich auch Dregger, Haftungsverhältnisse, S. 95 f und Büttner, aaO., S. 140. Weitere Nachweise zur Identitätstheorie vgl. Büttner, aaO., S. 138, Fußnote 3.

gleiches Weniger dar; auf sie finden alle für die eingetragene Gesellschaft geltenden Bestimmungen Anwendung, soweit sie nicht die Eigenschaft Rechtsfähigkeit voraussetzen oder durch Sondervorschriften ausgeschlossen sind. Subsidiär greifen die Vertreter der Einheitstheorie auf das Recht des nicht eingetragenen Vereins zurück. Sie betrachten den eingetragenen Verein als Grundform körperschaftlich organisierter Zusammenschlüsse und räumen daher auch der Regelung des nicht eingetragenen Vereins über deren unmittelbaren Bereich hinaus prinzipielle Bedeutung ein.

Da die Vorschriften über die Vertretung der Kapitalgesellschaften weder Rechtsfähigkeit voraussetzen noch Vorschriften über die Vertretung der Gründungsverbände bestehen, können die satzungsmäßig berufenen Vertreter schon vor Eintragung grundsätzlich unbeschränkt namens der Gesellschaft Rechte und Verbindlichkeiten begründen. Obwohl entsprechend §§ 54 S. 1, 719 BGB das Vermögen des Gründungsverbandes den Gesellschaftern gesamthänderisch zusteht, geht dieses - ohne daß es irgendwelcher Übertragungsakte bedürfte - als Folge der Identität mit der Eintragung auf die juristische Person über.

Auch nach dieser Ansicht kommt den §§ 26, 27 AktG, 5 Abs. 4 GmbHG eine gewisse Sonderstellung zu. Vereinbarungen der in diesen Bestimmungen genannten Art sind nur unter der erschwerten Voraussetzung einer Satzungsfeststellung wirksam.

(2) Abwandlung durch die herrschende Meinung

Die herrschende Meinung geht ebenfalls von der Identität der Gesellschaft vor und nach der Ein-

tragung aus.[22] Von den im Gründungsstadium namens der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäften läßt sie jedoch nur die sogenannte notwendigen Geschäfte kraft Identität auf die eingetragene Gesellschaft übergehen. Wie der Kreis der notwendigen Geschäfte näher zu bestimmen ist, darüber gehen auch hier die Meinungen wieder auseinander. Nach der wohl geläufigsten Definition sind darunter Rechtsgeschäfte zu verstehen, "die zur rechtlichen Begründung der Körperschaft und zur Erlangung ihrer Rechtsfähigkeit erforderliche sind."[23] Andere[24] ziehen den Rahmen weiter und lassen noch zusätzlich alle Rechtsakte darunterfallen, die notwendig sind, um das geplante Handelsunternehmen in Gang zu setzen.[25]

Ganz unterschiedlich sind auch die Begründungen, welche die Unterscheidung in notwendige und nicht notwendige (auch Vorbereitungs- und Betriebsgeschäfte) Rechtsakte rechtfertigen sollen. Nach Schilling[26] ergibt sich die Beschränkung der Wirksamkeit auf die notwendigen Geschäfte "aus den Gründungsvorschriften und dem Gesellschaftsvertrag einerseits, dem Grundsatz über die Haftung

---

22) So die ständige Rechtsprechung des RG, der sich auch der BGH angeschlossen hat; vgl. z. B. RGZ 82, 290; 131, 31; 151, 91; BGHZ 20, 281; 21, 242; BGH NJW 66, 1311.
Aus dem Schrifttum: Schilling in Hachenburg, Anm. 1 ff zu § 11; Schulz, GmbHG, Anm. 8 zu § 11 (2./3. Auflage - anders 4. Auflage); derselbe, GmbH Rdsch 1956, 3 ff; Vogel, Anm. 4 zu § 11; Teichmann-Köhler, Anm. 3 zu § 34. Weitere Nachweise bei Büttner, aaO., S. 141, Fußn. 20.

23) Dregger, aaO., S. 46 mit weiteren Nachweisen.

24) Z.B. Scholz, JW 1938, 3149.

25) Über die weiteren Versuche einer Abgrenzung vgl. Dregger, aaO., S. 46 f und Büttner, aaO., S. 142 mit weiteren Nachweisen.

26) In Hachenburg, Anm. 4 zu § 11.

und Erhaltung des Stammkapitals andererseits." Gründungsvorschriften und Gesellschaftsvertrag berechtigen den Geschäftsführer, Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Seine Vertretungsmacht wird aber durch den Grundsatz der Haftung und Erhaltung des Stammkapitals eingeschränkt: Er "begrenzt seine Befugnisse auf Geschäfte, die der Schaffung des Kapitals dienen und dessen Erhaltung bis zur Eintragung nicht gefährden." Teichmann-Köhler[27] und J.v.Gierke[28] wollen die Einschränkung aus dem Zwecke der Gründungsvorschriften ableiten. Die Vorschriften lassen ihrer Ansicht nach erkennen, daß die Gesellschaft möglichst unbelastet zur Entstehung gelangen soll. Eine unbeschränkte Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr vor ihrer Eintragung sei daher nicht möglich. Auch bei Schilling[29] klingt dieser Gedanke an, wenn er zur Stützung seines - an sich auf anderen Überlegungen beruhenden - Ergebnisses schreibt: "Die Gläubiger der Gesellschaft müssen darauf vertrauen können, daß das Stammkapital im Augenblick der Eintragung unangetastet ist."[30]

4. Eigene Stellungnahme (Auslegung der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG)

a) Vorbemerkung

Um im Streit der Meinungen über den Rechtszustand der Kapitalgesellschaften vor Eintragung zu einem eigenen Standpunkt zu gelangen, ist es m. E. erforderlich, das Kernstück der gesetzlichen Regelung - §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG - anhand der bereits dargestellten Kriterien auszulegen. Auch hier wiederum kann die Kontroverse

---

27) AaO.

28) Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, § 39 V 3.

29) In Hachenburg, Anm. 4 zu § 11.

30) Über weitere Versuche einer Begründung vgl. Dregger, aaO., S. 47 ff.

nicht unentschieden bleiben, denn je nachdem, ob die Subjektwechseltheorie oder die Identitätstheorie zutrifft, ändert sich auch - sofern ihnen überhaupt(noch) ein vernünftiger Sinn zukommt - die Funktion der §§ 11 Abs. 2 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 2 AktG. Sind die Gründungsverbände im Vergleich zur eingetragenen GmbH oder AG tatsächlich ein "aliud", so kann der Zweck der genannten Haftungsnormen nur in die Richtung gehen, für die namens der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten einen Schuldner zu schaffen. Wird dagegen bereits die im Entstehen begriffene juristische Person durch die im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet, so wäre die Funktion der §§ 11 Abs. 2 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 2 AktG ihrer systematischen Stellung nach in einer Zusatzhaftung zu sehen. Dem Ergebnis entsprechend müßte dann auch der Begriff der Handelnden bestimmt werden. Während im einen Fall aus Gründen des Verkehrsschutzes eine extensive Interpretation geboten erscheint, könnte es im anderen Fall beim Kernbereich des Wortsinns verbleiben.

b) Grammatikalische Auslegung

Der allgemeine Sprachgebrauch unterscheidet bei der Formulierung "als solcher" zwei Bedeutungen: Einmal wird damit eine Betonung desjenigen Wortes erreicht, dem die Formulierung beigefügt wird. Zum anderen,und zwar häufiger, bezeichnet sie eine Einschränkung. Dann bringt "als solche" zum Ausdruck, daß sich zwei Tatbestände zwar nicht decken, wohl aber in gewisser Weise ähnlich oder verwandt sind. So gesehen trifft die Identitätstheorie den Kernbereich des Wortlautes.

In seinem weiteren Bereich deckt der Gesetzestext aber auch die Interpretation der Gegenmeinung.

c) Systematische Auslegung

(1) Ausgangspunkt

Schon bei der Beurteilung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wurde darauf hingewiesen, daß Aussagen, denen die beiden Worte "als solche" beigefügt sind, häufig auf eine zweite Aussage hinweisen, an der die erste gemessen werden kann. Ihrer logisch-systematischen Stellung nach müssen die §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG daher mit denjenigen Vorschriften in Zusammenhang gebracht werden, die eine Aussage über den Rechtszustand der eingetragenen Gesellschaft enthalten. Für die GmbH ist hier § 13 GmbHG, für die AG § 1 Abs. 1 AktG maßgebend. Will man also die negative Formulierung "vor der Eintragung besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (bzw. AG) als solche nicht" zu einer positiven Aussage ummünzen, so muß man das Bezeichnende einer eingetragenen Gesellschaft zu erfassen suchen. § 13 Abs. 1 GmbHG umreißt dies mit den Worten:

"Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten ... Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen." Die Parallelvorschrift im Aktienrecht lautet: "Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen."

Zwei Merkmale sind es also, die nach dem Gesetz die eingetragenen Gesellschaften kennzeichnen, zum einen die Fähigkeit eigenständig Träger von Rechten und Pflichten zu sein, zum anderen die ausschließliche Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Ein unvoreingenommener Vergleich dieser Regelung mit den §§ 11 Abs. 1 GmbHG und 41 Abs. 1 § 1 AktG zwingt nun keineswegs dazu, den Vorgesellschaften beide Merkmale abzusprechen, sondern läßt die Möglichkeit offen, schon die Gründungsverbände als Träger von Rechten und Pflichten anzusehen und lediglich deren ausschließliche Haftungsfähigkeit zu verneinen.

(2) Verhältnis der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG zu §§ 13 GmbHG und 1 Abs. 1 AktG aus der Sicht der dualistischen Lehre

Nach traditioneller Doktrin ist allerdings für eine solche Betrachtungsweise kein Raum, denn die Eigenschaft Rechtsfähigkeit, wie sie das Gesetz durch die Zuerkennung einer selbständigen Vermögens- und Haftungssphäre umschreibt, kann - so die Argumentation - einem Verband nur insgesamt zustehen oder aber gänzlich fehlen. Zur Begründung ihres Standpunkts beruft sich die sogenannte "dualistische Lehre"[31] auf die Systematik des BGB, das zugegebenermaßen einen scharfen Trennungsstrich zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Organisationen zieht. Durch die geschlossene Darstellung der rechtsfähigen Verbände im Abschnitt "Personen" dokumentiert das Gesetz nach herkömmliche Auffassung, daß es die außerhalb dieses Abschnitts geregelten Personengemeinschaften als nicht rechtsfähig erachtet.

Da nach den im Wortlaut wiedergegebenen Bestimmungen Rechtsfähigkeit den registrierten Kapital-

---

31) Die Bezeichnung geht zurück auf Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 402, 426.

gesellschaften vorbehalten ist, hat die prinzipielle Unterscheidung von Organisationen mit und ohne Rechtsfähigkeit zunächst zur Folge, daß die Gründungsverbände als eigenständige Träger von Rechten und Pflichten ausscheiden. "Als Zuordnungspol für die im Verbandsinteresse begründeten Rechte und Pflichten" kommt damit "notwendig nur eine Personenmehrheit, nämlich die Gesamtheit der (rechtsfähigen) Verbandsmitglieder in Betracht."[32] Die weitere Konsequenz ist, daß von Identität zwischen Gründungsverband und jeweils eingetragener Gesellschaft nicht gut gesprochen werden kann. Selbst wenn man den Begriff nicht im streng logischen Sinne, sondern im juristischen Sinne als Übereinstimmung in den als wesentlich erkannten Punkten versteht, ist Identität mangels auch nur partieller Kongruenz hinsichtlich der Rechtsfähigkeit schlechthin ausgeschlossen. Daß Rechtsfähigkeit ein entscheidendes Kriterium für die Bewertung von Personengemeinschaften darstellt, bedarf keiner näheren Erörterung.

(3) Verhältnis der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG zu §§ 13 GmbHG und 1 Abs. 1 AktG aus der Sicht der Lehre von der relativen Rechtsfähigkeit

Eine neuere Richtung[33] hat den dualistischen Standpunkt verlassen. Für sie ist Rechtsfähigkeit nicht nur Wesensmerkmal der natürlichen und juristischen Personen, das anderen Organisationsformen schlechthin abzusprechen ist, sondern zugleich ein rechtstechnischer Begriff. Ihre Funktion - so schreibt Büttner - "besteht in der Zuordnung von Rechtspositionen an Zuordnungseinheiten (Zuordnungssubjekte). Von einer Rechtsfähigkeit kann daher über-

---

32) Büttner, aaO., S. 91; Einschub im Original.

33) Vgl. die erschöpfende Darstellung und Bearbeitung des Problems in der Monographie von Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit und Büttner, aaO., S. 90 ff.

all dort gesprochen werden, wo "wie beim nasciturus, dem sogenannten nichtrechtsfähigen Verein oder der OHG "eine Zuordnung dieser Art anerkannt ist."[34] Im Gegensatz zu den natürlichen und juristischen Personen, denen - wenn auch nicht theoretisch, so doch praktisch - jede beliebige Rechtsposition zugeordnet werden kann und deren Rechtsfähigkeit folglich - abgesehen von den immanenten Schranken - als umfaßend zu bezeichnen ist, handelt es sich bei den genannten Beispielen um eine in unterschiedliche Richtung beschränkte Rechtsfähigkeit. Im Falle des nasciturus besteht die Möglichkeit der Zuordnung nur in bezug auf einzelne, gesetzlich näher bestimmte Rechtsobjekte, während die Rechtsfähigkeit der OHG durch das Fehlen der ausschließlichen Haftungsfähigkeit in quantitativer Hinsicht hinter der Rechtsfähigkeit der natürlichen und juristischen Personen zurückbleibt.

Um die Grenzen nicht zu verwischen, die aus der Systematik des Gesetzes resultieren, nimmt die neuere Doktrin entsprechend dem Zuordnungsumfang eine begriffliche Differenzierung vor: Die im Rahmen der immanenten Schranken umfassende "Zuordnungssubjektivität"[35] der natürlichen und juristischen Personen wird als "Voll-Rechtsfähigkeit" charakterisiert, der die "Teil-Rechtsfähigkeit" der Gebilde mit beschränkter Zuordnungsfähigkeit gegenübersteht. Da "das Wesen der Teil-Rechtsfähigkeit ... von der partiellen Übereinstimmung mit dem Inhalt der Voll-Rechtsfähigkeit bestimmt"[36] wird, ergeben sich für die herkömmlich

---

34) AaO., S. 107, vgl. auch S. 37/38.
35) So Büttner, aaO., S. 38.
36) Büttner, aaO., S. 107.

so streng unterschiedenen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Organisationen Ähnlichkeiten, "die der gesetzliche Begriffsdualismus nicht ohne weiteres vermuten läßt."[37]

Von einer im dargelegten Sinne relativierten Rechtsfähigkeit ausgehend, steht zunächst theoretisch nichts im Wege, bereits die Vorgesellschaften als Träger der im Verbandsinteresse begründeten Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen und lediglich deren ausschließliche Haftungsfähigkeit zu verneinen. Ferner eröffnet sich erst aus dieser Perspektive eine gewisse Berechtigung, von Identität zwischen eingetragener Gesellschaft und dem jeweiligen Gründungsverband zu sprechen, da hinsichtlich der Rechtsfähigkeit, wenn auch nicht volle, so doch immerhin teilweise Übereinstimmung besteht.

(4) Zur Vereinbarkeit der relativen Rechtsfähigkeit mit dem geltenden Recht

Offen blieb bisher, welcher der kurz skizzierten Auffassungen der Vorzug gebührt. In Anbetracht der Tatsache, daß sich nach der herkömmlichen Meinung Parallelen zwischen den als nichtrechtsfähig klassifizierten Gründungsgesellschaften und den rechtsfähigen Verbänden in Hinblick auf Vermögenszuständigkeit und Haftung strikt verbieten, die neuere Doktrin jedoch gerade den umgekehrten Weg einschlägt, kann diese Frage nicht auf sich beruhen.[38]

---

37) Büttner, aaO., S. 107.

38) Verständlicherweise ist es im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, die Problematik voll auszuschöpfen. Die Darstellung beschränkt sich daher auf die Wiedergabe der wichtigsten von der neueren Doktrin herausgearbeiteten Ergebnisse.

Zunächst bietet - wie Büttner anhand einer subtilen Untersuchung der Vorschriften über den nasciturus, der sogenannten nichtrechtsfähigen Verein und die OHG nachgewiesen hat[39] - das geltende Zivilrecht keinen sachlichen Anhaltspunkt, der gegen die prinzipielle Annahme einer Teil-Rechtsfähigkeit spricht. Die erwähnten Beispiele zeigen vielmehr, "daß dem Gesetz selbst in einer Reihe von Fällen Abstufungen der Rechtsfähigkeit nicht fremd sind und daher weder von einer absoluten Rechtsfähigkeit noch von einer absoluten Rechtsunfähigkeit sozialer Gebilde gesprochen werden kann ... . Angesichts dieser Situation ist die Terminologie des Gesetzes dahin zu verstehen, daß die Rechtsfähigkeit, die den natürlichen und den juristischen Personen zuerkannt ist, eine Voll-Rechtsfähigkeit bedeutet, in allen übrigen Fällen zwar eine Voll-Rechtsfähigkeit, nicht aber eine Teil-Rechtsfähigkeit ausgeschlossen ist."[40]

(5) Zur Teil-Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände

(a) Eigene Vermögenszuständigkeit

Aus diesem Resultat allein folgt aber noch keineswegs, daß auch den Gründungsverbänden eine Teil-Rechtsfähigkeit - etwa derjenigen der OHG vergleichbar - zukommt. Was die Vermögenszuständigkeit anbelangt, so bedarf es an dieser Stelle einer Auseinandersetzung mit der Einheitstheorie, die zwar im Prinzip eine Identität zwischen der jeweiligen Gründungsgesellschaft und ihrer Endstufe bejaht, in Analogie zu den sogenannten nichtrechtsfähigen Verbänden als Träger der vor Registrierung namens der Gesellschaft begründeten

---

39) Vgl. aaO., S. 93 ff.
40) Büttner, aaO., S. 106.

Rechte und Pflichten trotzdem aber die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit betrachtet. Abgesehen davon, daß sich die Vertreter der Einheitstheorie wohl in erster Linie durch die dualistische Lehre gehindert sehen, aus der Identität auch hinsichtlich der Vermögenszuständigkeit konsequente Schlüsse zu ziehen, begegnet der Rückgriff auf das Recht der nach herkömmlicher Auffassung nichtrechtsfähigen Organisationen auch erheblichen dogmatischen Bedenken.

Analogie ist unstreitig nur dort vertretbar, wo zwischen einem gesetzlich geregelten und einem nicht geregelten Tatbestand "Übereinstimmung gerade in allen denjenigen Hinsichten besteht, die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind."[41] Zwischen den herkömmlich als nichtrechtsfähig bezeichneten Verbänden und den Vorgesellschaften fehlt aber diese Ähnlichkeit. Übereinstimmung ist insoweit gegeben - und dies zieht auch die neuere Auffassung nicht in Zweifel - als die genannten Organisationsformen nicht als juristische Personen angesehen werden können. Neben der Gemeinsamkeit bestehen aber ganz erhebliche Unterschiede:

Im Gegensatz zu den Verbänden ohne Rechtsfähigkeit im traditionellen Sinne sind die Gründungsgesellschaften - zumindest in ihrer typischen Form - nicht auf Dauer angelegt, sondern Übergangserscheinungen, d. h. notwendige Vorstufen der jeweils angestrebten juristischen Person. Ferner - dies gilt aber nur im Verhältnis zur BGB-Gesellschaft und OHG - sind die Gründungsverbände ebenso wie ihre jeweiligen Endstufen körperschaftlich organisiert.

---

41) Larenz, aaO., S. 288; Hervorhebung im Original.

Läßt schon der zunächst aufgezeigte Unterschied den Rückgriff auf die gesetzliche Regelung der sogenannten nichtrechtsfähigen Organisationen nicht ohne weiteres als gerechtfertigt erscheinen, so schließt die körperschaftliche Struktur der Gründungsverbände diese Analogie vollends aus. Wie Büttner[42] am Beispiel der BGB-Gesellschaft nachgewiesen hat, stehen "Organisationsform und Vermögenszuständigkeit in einem untrennbaren Zusammenhang ...: Sie verhalten sich zueinander wie Grund und Folge."[43] Da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts "lediglich die Gesamtheit der schuldrechtlich zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks einander verpflichteten Gesellschafter"[44] ist, kann das Gesellschaftsvermögen nur den Gesellschaftern gemeinschaftlich zugeordnet werden. Treten jedoch - wie bei den Körperschaften - die einzelnen Gesellschafter hinter der "kollektiven Einheit" zurück, existiert also nicht eine bloße "horizontale Verbundenheit" der Gesellschafter untereinander, sondern eine "vertikale mitgliedschaftsrechtliche Beziehung",[45] so kommen nicht mehr die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Träger von Rechten und Pflichten in Betracht, vielmehr muß die Organisation per se als "Zuordnungspol[46] des Vermögens angesehen werden.

Auch auf dem Umweg über § 54 S. 1 BGB kann die gesamthänderische Vermögenszuständigkeit der Vorgesellschaften nicht begründet werden.

---

42) AaO., S. 111.
43) Büttner, aaO.
44) Büttner, aaO.
45) Büttner, aaO.
46) Büttner, aaO., S. 91.

Abgesehen von der Interimsnatur der typischen Gründungsverbände begegnet eine entsprechende Anwendung der für den sogenannten nichtrechtsfähigen Verein geltenden Vorschriften keinen prinzipiellen Bedenken, da beide Organisationsformen infolge ihrer körperschaftlichen Struktur wesensmäßig übereinstimmen. Der Rückgriff scheitert jedoch daran, daß der Gesetzgeber - und dies ist ganz allgemeine Meinung - für den nach traditioneller Auffassung nicht rechtsfähigen Verein keine angemessene Regelung geschaffen hat. Die Verweisung auf das Recht der BGB-Gesellschaft beruht allein auf rechtspolitischen Erwägungen und verfolgte den Zweck, die Bildung von Vereinen außerhalb des Konzessions- und Normativsystems zu erschweren. Es wurde "bewußt eine Rechtslage geschaffen, bei welcher der Eintritt in einen nicht eingetragenen Verein, wie O. v. Gierke es klassisch formulierte, einen unverantwortlichen Leichtsinn bedeuten würde."[47] Die Verfasser des BGB waren der irrigen Meinung, mit Hilfe dieses "Kunstgriffs" werde sich die Einsicht in die Notwendigkeit der Registrierung schließlich durchsetzen. Da man sich allerseits darüber im klaren ist, daß die §§ 705 ff BGB für den körperschaftlich organisierten Verein nicht passen, besteht keine "Veranlassung, die erwiesenermaßen verfehlte Bestimmung des § 54 S. 1 BGB zu einem allgemeinen Grundsatz im Recht der nicht (voll-) rechtsfähigen Körperschaften zu erheben und auf diesem Wege die Körperschaften, die man endlich dem Recht der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft entrückt zu haben glaubt,

---

47) Schumann, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, S. 1 mit Nachweis.

hinsichtlich der Vermögenszuständigkeit nun doch wieder als Gesamthandsgemeinschaften nach dem Vorbild der BGB-Gesellschaft zu behandeln."[48]

Erscheint es schon in Hinblick auf die vorstehenden Überlegungen kaum vertretbar, die Gesellschaften in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Träger der vor Registrierung namens des Verbandes eingegangenen rechtlichen Bindungen anzusehen, so kommt als entscheidender Gesichtspunkt hinzu, daß von dieser Grundlage aus der Übergang des Vermögens von der Vorgesellschaft auf die eingetragene Gesellschaft nicht einwandfrei zu erklären ist. Das Argument, der Übergang unter Ausschluß der Einzelrechtsnachfolge sei eine Folge der Identität, verschleiert nur das Problem, denn schon der Unterschied bezüglich der Vermögenszuständigkeit - hier die Gesellschafter als Gesamthänder, dort die juristische Person als eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten - verbietet es, in logisch haltbarer Weise eine Identität anzunehmen.[49] Wie Büttner[50] zutreffend ausführt, "gibt (es) keinen Rechtssatz des Inhalts, daß sich kraft Eintragung eine Gesamtzuständigkeit in eine Einzelzuständigkeit, ein Gesamthandsvermögen in ein Vermögen der juristischen Person umwandeln könne. Der Weg zu einer widerspruchsfreien ...

---

48) Die heute herrschende Meinung wendet auf den sogenannten nichterechtsfähigen Verein analog die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein an, soweit diese nicht Rechtsfähigkeit voraussetzen oder durch Sonderbestimmungen verdrängt werden. (So z. B. Schumann, aaO., S. 14, Palandt-Danckelmann, Anm. 2 und 3 zu § 54.) Hier zeigt sich eine gewisse Parallelität zur Problematik der Gründungsverbände. Auf der Grundlage der dualistischen Lehre gelangt die herrschende Meinung jedoch auch hier zu einer strukturfremden gesamthänderischen Vermögenszuständigkeit.

49) Vgl. oben S. 60.

50) AaO., S. 140.

Lösung ... führt notwendig über die Annahme einer individuellen Einheitszuständigkeit der Gründungsverbände."[51]

(b) Mangel an ausschließlicher Haftungsfähigkeit

Die Erkenntnis, daß schon die Gründungsverbände als Träger der namens der Gesellschaft eingegangenen Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen sind, besagt nur, daß bereits die im Entstehen begriffene GmbH oder AG selbst aus den im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet wird, die Vertragspartner sich folglich wegen der aus den einzelnen Rechtsgeschäften resultierenden Ansprüche unmittelbar an den Gründungsverband halten können. Warum den Vorgesellschaften gleichwohl nur eine Teil-Rechtsfähigkeit zukommt,

---

51) So klar Büttner die Dinge in den soeben zitierten Sätzen sieht, so wenig vermag die weitere Erwägung in diesem Zusammenhang zu überzeugen, es wäre letztlich auch "unnötiger Formalismus ..., wollte man verlangen, daß das im Gründungsstadium bereits vorhandene Vermögen im Wege der Einzelübertragung auf die vollendete juristische Person übertragen werden müßte." (Vgl. aaO., S. 140/141.) Verzichtet man auf die Einzelrechtsnachfolge nur deshalb, um sich nicht dem Vorwurf des Formalismus anzusetzen, so basiert diese Auffassung doch auf der Überlegung, daß Gründungsverband und juristische Person als zwei selbständige Gebilde nebeneinander bestehen. Im Wege der Auseinandersetzung mit der Subjektwechseltheorie schreibt Büttner jedoch selbst (vgl. aaO., S. 149), daß der Gründungsverband vom Standpunkt der Einheitstheorie aus "eben eine notwendige Vorstufe des eingetragenen, voll-rechtsfähigen Verbandes" darstellt und "die Eintragung nicht (überdauert), auch nicht zum Zwecke der vermögensrechtlichen Abwicklung." Für die Auffassung Büttners, der den Identitätsgedanken allein zur Erklärung der Verhältnisse zwischen Gründungsverband und jeweiliger Endstufe für unzulänglich erachtet u. ergänzend den Gesichtspunkt der Kontinuität ins Spiel bringt, gilt nichts anderes, denn damit soll - was durch den Begriff Identität an sich nicht gedeckt ist - zum Ausdruck gebracht werden, daß die juristische Person trotz der durch die Erlangung der Voll-Rechtsfähigkeit eingetretenen Veränderung den Gründungsverband ohne weiteres

läßt sich also aus der eigenständigen Vermögenssphäre nicht ableiten. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus der Funktion der staatlichen Mitwirkung bei der Gründung von Kapitalgesellschaften. Vollkommene rechtliche Eigenständigkeit im Sinne einer durchgehenden Trennung zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern sowohl hinsichtlich der Vermögens- als auch der Haftungssphäre können Organisationen mit wirtschaftlicher Zielsetzung nach dem geltenden Recht nur dann erlangen, wenn die Aufbringung einer nach der Wertung des Gesetzgebers ausreichenden Haftungsgrundlage gewährleistet ist. Ob diese Voraussetzung vorliegt, d.h. die jeweiligen Gründungskautelen beachtet wurden, ist der Sinn des mit der Registrierung abschließenden Eintragungs-

---

fortsetzt," Gründungsverband und juristische Person also notwendig nacheinander bestehen (Büttner, aaO., S. 132; Hervorhebung vom Verfasser. Vgl.auch aaO., S. 131.)
Ob - wie Büttner meint - wirklich erforderlich ist, dem Gedanken der Identität den der Kontinuität zur Seite zu stellen, braucht im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht abschließend entschieden zu werden. Der dogmatischen Klarheit ist durch die Einführung des Begriffs sicher gedient; von der Sache her erscheint m. E. jedoch kein wirkliches Bedürfnis gegeben zu sein. Das Verhältnis zwischen Vorgesellschaft und jeweiliger Endstufe mit dem Schlagwort Identität zu charakterisieren, hat sich längst durchgesetzt, obwohl auch der herrschenden Meinung Unterschiede zwischen Gründungsverband und juristischer Person nicht verborgen geblieben sind und daher streng genommen dieses Wort nicht am Platze ist, Da der Begriff Identität, wie er selbst von den Gegnern der Einheitstheorie verstanden wird, - vom Wortsinn her zugegebenermaßen unpräzise - nicht lediglich dafür steht, daß die Vorgesellschaft im Vergleich zur eingetragenen Gesellschaft ein wesensmäßig gleiches Weniger darstellt, sondern darüberhinaus - sprachlich ebenso unkorrekt - auch zum Ausdruck bringen soll, daß die juristische Person den Gründungsverband fortsetzt (vgl. z.B. die Formulierung bei Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 1 zu § 11:"... die Einheitstheorie ..., die in der GmbH lediglich die Fortsetzung der Gründergesellschaft erblickt, zwischen beiden also Identität annimmt ..."), handelt es sich doch wohl nur um eine falsa demonstratio, die als historische Gegebenheit im Grunde unschädlich ist.

verfahrens. "Solange nicht auf Grund einer registergerichtlichen Prüfung festgestellt worden ist, daß für die Bildung einer Haftungsgrundlage in ausreichendem Maße Sorge getragen ist ..., würde die alleinige ausschließliche Haftung der Körperschaft für den Verkehr eine Gefahr bedeuten."[52] Den Gläubigern stände lediglich der Zugriff auf das u. U. äußerst dürftige Gesellschaftsvermögen offen, während die Gesellschafter, von einer persönlichen Inanspruchnahme befreit, allenfalls ihre Kapitaleinlage riskieren würden. Da für außenstehende Dritte erst mit der Eintragung feststeht, daß die Körperschaft über eine ordnungsgemäße Kapitalausstattung verfügt, kann die vollständige Trennung zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern erst in diesem Zeitpunkt eintreten, mit anderen Worten haften die Gesellschafter bis dahin für Gesellschaftsverbindlichkeiten auch persönlich.[53]

Im Vergleich zu den eingetragenen Kapitalgesellschaften, die als voll-rechtsfähige Organisationen durch die Verbindung von eigenständiger Vermögenssphäre und ausschließlicher Haftungsfähigkeit gekennzeichnet sind, bleibt damit die Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände hinter derjenigen der juristischen Person zurück. Die den Gründungskörperschaften zukommende Rechtsfähigkeit kann also nur als Teil-Rechtsfähigkeit klassifiziert

---

52) Büttner, aaO., S. 116.

53) Um eventuellen Mißverständnissen vorzubeugen, sei betont, daß die im Entstehen begriffene GmbH oder AG damit nicht der OHG gleichgestellt wird. Während bei der OHG und auch der KG die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Träger des Gesellschaftsvermögens fungieren, besitzen die Gründungskörperschaften eigene Vermögenszuständigkeit.

werden.[54]

(6) Ergebnis

Im Prinzip hat die systematische Auslegung der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG eine Bestätigung der uneingeschränkten Identitätstheorie ergeben: Auch nach der hier vertretenen Meinung stellt die Vorgesellschaft im Vergleich zur eingetragenen Gesellschaft ein wesensmäßig gleiches Weniger dar, deren satzungsmäßig berufene Vertreter grundsätzlich unbeschränkt namens der Gesellschaft Rechte und Pflichten begründen können. Erst aus der Teil-Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände läßt sich aber erklären, worin die Übereinstimmung bzw. der Unterschied besteht und ferner werden erst von dieser Warte her die aus der Identität gezogenen Konsequenzen verständlich.

---

54) Die Lösung Büttners, der von der gleichen Überlegung ausgeht, dann aber nicht eine Zusatzhaftung der Gesellschafter, sondern der Handelnden annimmt (vgl. aaO., S. 60 und 115 f), vermag m. E. nicht zu überzeugen. Da die einschlägigen Gesetze den Gründungsverbänden nur eine recht kümmerliche Regelung widmen, die wenigen Bestimmungen aber immerhin verschiedene Einzelbeziehungen - darunter auch die haftungsrechtliche Seite - beleuchten (vgl. oben S. 36), liegt es nahe, die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG nicht von der Warte einer fertigen Konzeption über den Status der Vorgesellschaften zu beurteilen, sondern diese Vorschriften für die Wesensbestimmung mit heranzuziehen. Wie noch zu zeigen sein wird, übersieht Büttner, daß die genannten Haftungsnormen keinen "das Recht der nicht voll-rechtsfähigen Körperschaften beherrschenden Grundsatz" (Büttner, aaO., S. 116) enthalten, sondern - wie die teleologische Auslegung zeigen wird - gegenstandslos geworden sind.

Die Tatsache, daß Büttner den historischen Zusammenhängen nicht die geringste Beachtung schenkt, schmälert m.E. den Wert seiner Arbeit. Die Wurzeln des heutigen Gesellschaftsrechts reichen weit bis ins vorige Jahrhundert zurück, so daß kaum verwunderlich ist, wenn sich gerade bei grundsätzlichen Fragen aus der geschichtlichen Entwicklung entscheidende Perspektiven ergeben.

Da schon die Vorgesellschaft als "Zuordnungspol" für die namens der Gesellschaft eingegangenen Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen ist - und hierin liegt die Übereinstimmung mit der jeweils angestrebten Endstufe - , d.h. bereits die im Entstehen begriffene juristische Person rechtsgeschäftlich in Erscheinung tritt, ist ohne weiteres klar, warum die Vorschriften über die eingetragene GmbH oder AG anzuwenden sind, denn durch diese Normen wird ja gerade das Auftreten der Körperschaften im Rechtsverkehr geregelt. Entsprechendes gilt für die Abweichung. Da bei den Vorgesellschaften neben dem Verband auch die Gesellschafter haften - und dieser Umstand macht, abgesehen zunächst von der Haftung der Handelnden, den Unterschied zu den eingetragenen Gesellschaften aus - kommt die Anwendung derjenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche die durch Eintragung ins Handelsregister erlangte Voll-Rechtsfähigkeit voraussetzen, nicht in Betracht. Die Annahme einer Teil-Rechtsfähigkeit löst auch ohne Widerspruch das Problem, wieso der eingetragenen GmbH oder AG das Aktiv- und Passivvermögen des Gründungsverbandes zusteht, ohne daß es irgendwelcher Übertragungsakte bedürfte. In Anbetracht, daß nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, vielmehr bereits die im Entstehen begriffene juristische Person unmittelbar selbst durch die namens der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet wird, ist eine Rechtsnachfolge schlechthin ausgeschlossen. Gleichzeitig erweist sich damit der dogmatisch verfehlte Rückgriff auf das Vereinsrecht, mit dem die Identitätstheorie die Frage der Vermögenszuständigkeit zu lösen sucht, als überflüssig.

Durch die Abkehr von der dualistischen Lehre entfällt - in Hinblick auf die herrschende Meinung - auch die Schwierigkeit, wie der Kreis der zur Entstehung der juristischen Person notwendigen Geschäfte abzustecken ist. Da die Vorschriften über den Umfang der Vertretungsmacht bei den eingetragenen Gesellschaften nicht die Voll-Rechtsfähigkeit des jeweiligen Verbandes zur Voraussetzung haben und somit einer Anwendung des § 37 Abs. 2 GmbHG bzw. 82 Abs. 1 AktG auf die im Werden begriffene juristische Person keine Hindernisse entgegenstehen, kann auch die Vertretungsbefugnis der im Gründungsstadium fungierenden Organe im Außenverhältnis keinen Einschränkungen unterliegen. Die hieraus resultierende Belastung des Gesellschaftsvermögens wird durch die Haftung der Gesellschafter wettgemacht, wobei auch hier die Bedeutung der §§ 11 Abs. 2 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 2 AktG noch ausgeklammert bleibt.[55)]

d) Teleologische Auslegung

(1) Vorbemerkung

Obwohl die logisch-systematische Auslegung ein klares Bild vom Wesen der Vorgesellschaften vermittelt und alle entscheidenden Fragen auf der Grundlage der Theorie von der Teil-Rechtsfähigkeit der werdenden juristischen Personen einer auch dogmatisch überzeugenden Lösung zugeführt werden können, darf doch das Ergebnis erst als endgültig angesehen werden, wenn es mit dem Zweck

---

55) Hinsichtlich einzelner Folgerungen aus der Teil-Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände im materiell-rechtlichen und prozessualen Bereich sowie in bezug auf die Kritik sowohl zur Einheitstheorie als auch zur Subjektwechseltheorie in den jeweiligen Varianten vgl. Büttner, aaO., S. 120 ff bzw. S. 139 f, 143 ff und 149 f.

der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG aus der Sicht des historischen Gesetzgebers harmoniert oder - andernfalls - dieser Zweck durch eine Änderung der Verhältnisse inzwischen überholt ist.[56]

(2) Zweck der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG aus der Sicht des historischen Gesetzgebers

Um den historischen Zweck einer Norm ans Licht zu bringen, wäre es eigentlich geboten, der Entstehungsgeschichte im einzelnen nachzugehen.[57] Die spezielle Richtung der vorliegenden Arbeit rechtfertigt es jedoch, im wesentlichen nur die Vorläufer der §§ 11 Abs. 1 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 1 AktG aus den rund letzten hundert Jahren zu berücksichtigen.

---

56) Vgl. oben S. 48. Daß der "vernünftige Zweck," der bei Wegfall des mit der gesetzlichen Regelung verfolgten Zwecks an dessen Stelle tritt, im allgemeinen dem Ergebnis der logisch-systematischen Auslegung entspricht, ist in der Methodenlehre anerkannt. Da es im Rahmen der logisch-systematischen Auslegung darum geht, den normativen Sinn aus dem Zusammenhang der aufeinander bezogenen Rechtssätze untereinander zu ermitteln, die zweite Auslegungsstufe also auf der Überlegung fußt, daß sich die einzelnen Vorschriften final ergänzen, "läßt sich die systematische Auslegung von der teleologischen kaum trennen. Sie ist als systematische Auslegung weitgehend zugleich teleologische Auslegung." (Engisch, aaO., S. 79.) Wie im Rahmen der grundsätzlichen Stellungnahme zur Problematik der Auslegung dargelegt, setzt sich - sofern noch aktuell - der historische Zweck auch gegenüber dem Befund der logisch-systematischen Auslegung durch, so daß ohne einen Blick auf die seinerzeit maßgeblichen Vorstellungen und die weitere Entwicklung der Verhältnisse die Gefahr besteht, am Ziel der Auslegung vorbeizugehen.

57) Vgl. hierzu Engisch, aaO., S. 81.

Die einschlägigen Vorschriften hatten folgenden Wortlaut:[58]

Art. 208 Abs. 1 ADHGB vom 24.6.1861:
"Aktiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden."

Art. 211 Abs. 1 ADHGB vom 24.6.1861:
"Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht."

Art. 211 Abs. 1 S. 1 ADHGB (Neufassung auf Grund der Aktienrechtsnovelle vom 11.6.1870):
"Vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht."

Die Regelung bis zur Aktienrechtsnovelle von 1870 zeigt das sogenannte Konzessionssystem. Die Errichtung einer Aktiengesellschaft war abhängig von einer Staatsgenehmigung, d. h. einem staatspolizeilichen Akt, durch den erklärt wurde, daß vom staatspolizeilichen Standpunkt aus dem Statut und der Gesellschaft nichts im Wege stand. Art. 249 ADHGB von 1861 ermächtigte die Mitglieder des Deutschen Bundes, das Genehmigungsverfahren durch Landesgesetz zu regeln. Die Staaten Bayern und Preußen machten u.a. von dieser Möglichkeit Gebrauch und erklärten die staatliche Genehmigung zur unmittelbaren Angelegenheit des Landesherrn.[59]

Der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen aus dem Jahre 1861 liegt m. E. auf der Hand. Die genannten Artikel stellen klar, daß die Gesellschaft erst durch das "Placet" des Landesherrn geschaffen wird und vorher nichts ihr Wesensgleiches vorhanden ist. "Die Befugnis eine Aktiengesellschaft errichten

---

58) Schon an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, daß die GmbH als kleinere Form der AG in Deutschland ausgebildet wurde und daher die Vorläufer der einzelnen aktienrechtlichen Normen auch als solche der entsprechenden Bestimmungen des GmbHG anzusehen sind.

59) Bayern: Einführungsgesetz Art. 39;
Preußen: Einführungsgesetz Art. 12.

zu dürfen, ist nach dem System der Staatsgenehmigung nichts anderes als der Ausfluß eines Privilegs, dessen Erteilung oder Verweigerung schließlich eine Sache persönlicher Gunst oder Ungunst" darstellt.[60] Die Vorstellungen des damaligen Gesetzgebers werden noch deutlicher durch einen Vergleich des Art. 211 Abs. 1 ADHGB von 1861 mit Art. 189 des ersten Entwurfs. Die Formulierung "Die Gesellschaft kann erst nach erhaltener Genehmigung und erfolgter Eintragung in das Handelsregister ihren Geschäftsbetrieb mit rechtlicher Wirkung beginnen" wurde durch den - vom Konzessionssystem her - eindeutigen Wortlaut der endgültigen Fassung ersetzt.

Die Novelle von 1870 paßte das Aktienrecht der liberalen Gesinnung der Gründerzeit an und führte statt des Systems der Staatsgenehmigung das System der Normativbestimmungen ein. Hier ist zwar - um es nochmals mit den Worten von Anschütz-Völderndorff zu sagen - "die Befugnis, eine Aktiengesellschaft errichten zu dürfen," letztlich nicht mehr "eine Sache persönlicher Gunst oder Ungunst" des Landesherrn, vielmehr haben die Gründer einen Anspruch auf Anerkennung ihrer Organisation, wenn sie die einheitlich festgelegten (genormten) Voraussetzungen erfüllen. Der Gesetzestext, der lediglich auf das Erfordernis der Genehmigung verzichtet, zeigt jedoch, daß das Verständnis der Vorgesellschaften und damit auch der Zweck der gesetzlichen Regelung gleich geblieben ist. Während die rechtliche Existenz der AG zuvor an Genehmigung und Eintragung geknüpft war, kommt die "schöpferische Funktion" nunmehr allein der Eintragung zu.

---

60) Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum ADHGB, Anm. 5 zu Art. 208.

(3) Blick auf die weitere Entwicklung der Verhältnisse

Da das GmbHG noch heute praktisch in seiner Originalfassung weitergilt - die wenigen Änderungen und Ergänzungen betrafen lediglich Einzelfragen, die im konkreten Zusammenhang ohne Bedeutung sind - kann der ursprüngliche Zweck des § 11 Abs. 1 GmbHG allenfalls durch eine Entwicklung außerhalb dieser spezialgesetzlichen Materie weggefallen sein. Am nächsten liegt natürlich ein Blick auf das strukturverwandte AktG, das schon verhältnismäßig kurze Zeit nach Einführung des Normativsystems durch das HGB von 1897 neu gefaßt und sodann 1937 und 1965 weitgehend überarbeitet und umgestaltet wurde. Obwohl der Streit um das Verhältnis zwischen Gründungsverband und eingetragener Gesellschaft seit dem Ende des letzten Jahrhunderts unvermindert andauert, wurde dieser Punkt von keiner der Reformen berücksichtigt und die Vorschrift des Art. 211 Abs. 1 S. 1 ADHGB - abgesehen von kleinen redaktionellen Korrekturen - jeweils unverändert übernommen.[61] Diese Situation läßt zwar kaum die Annahme zu, der Gesetzgeber habe sich damit ganz bewußt für das herkömmliche Verständnis der Vorgesellschaften entschieden; immerhin erscheint aber der Schluß gerechtfertigt, daß der ursprüngliche Sinn des § 11 Abs. 1 GmbHG auch durch die verschiedenen Reformen des Aktiengesetzes nicht gegenstandslos wurde.[62]

---

61) Vgl. § 200 Abs. 1 S. 1 HGB sowie § 34 Abs. 1 S. 1 AktG in der Fassung von 1937.

62) Zweifel an der Richtigkeit des hier vertretenen Standpunkts könnten eventuell in Hinblick auf § 29 AktG erhoben werden, der sich übereinstimmend als § 22 Abs. 1 schon im AktG von 1937 befand. Da jedoch auch 1965 an der Formulierung des Art. 211 Abs. 1 S. 1 ADHGB festgehalten wurde, fehlt von seiten des Gesetzgebers zumindest eine klar durchdachte Konzeption vom Wesen der Vorgesellschaft.

Mit diesem kurzen Streifzug allein kann sich die Untersuchung indessen nicht begnügen, denn GmbHG und AktG stehen nicht beziehungslos im Raum, sondern sind in das übrige Normengefüge eingebettet. Daß sich das Verständnis des Gründungsverbands als eines im Vergleich zur eingetragenen Gesellschaft wesensmäßig gleichen Weniger weder im AktG von 1937 noch anläßlich der Novellierung im Jahre 1965 Bahn brach, ist ausgesprochen verwunderlich, denn außerhalb des speziell gesellschaftsrechtlichen Bereichs hat dieser Gedanke längst schon seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Die entscheidende Wende ist m. E. in der Anerkennung der Vereinsfreiheit, zuerst durch das Vereinsgesetz von 1908, später durch die Weimarer Verfassung und das Bonner Grundgesetz, zu sehen. "Alle Deutschen", so formuliert Art. 124 WV, "haben das Recht,... Vereine und Gesellschaften zu bilden. Der Erwerb der Rechtsfähigkeit steht jedem Verein ... frei." Damit wird klar zum Ausdruck gebracht, daß die Rechtsfähigkeit - oder i. S. der neuen Doktrin Voll-Rechtsfähigkeit - lediglich eine besondere Eigenschaft des Vereins,und nicht Voraussetzung für seine rechtliche Existenz als Verein ist. Über den engeren Sinn des Wortes "Verein" gilt dies auch für die Kapitalgesellschaften vor ihrer Eintragung, da sie ebenso wie der Verein körperschaftlich organisiert sind. Da die ursprüngliche Sicht vom Wesen der Gründungsverbände in glattem Widerspruch zu dieser Vorstellung steht, muß der historische Zweck des § 11 Abs. 1 GmbHG als durch die neuere Gesetzgebung überholt angesehen werden.

e) Zusammenfassung

Zum Abschluß der Untersuchungen zum "Gesamtkomplex Vorgesellschaft" soll kurz Bilanz gezogen werden.

Wie angesichts des hartnäckig geführten Meinungsstreits kaum anders zu erwarten war, ließ sich die Bedeutung der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG anhand der grammatikalischen Auslegung nicht zweifelsfrei ermitteln. Auf der zweiten Stufe ergab sich sodann unter Berücksichtigung der Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit eine in sich geschlossene Lösung, die im Prinzip der uneingeschränkten Identitätstheorie entspricht. Die teleologische Auslegung schließlich schien diese Lösung zunächst in Frage zu stellen, denn der Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des § 41 Abs. 1 S. 1 AktG bewies, daß der Gesetzgeber auch mit der Parallelvorschrift im GmbH Ziele verfolgte, wie sie sich in der Subjektwechseltheorie widerspiegeln. Nach dem Befund des letzten Absatzes kann nunmehr aber das Ergebnis der logisch-systematischen Auslegung als gesichert betrachtet werden.

---

63) Die grammatikalische Auslegung zeigt, daß der Wortlaut des § 11 Abs. 1 GmbHG durchaus eine verfassungskonforme Interpretation erlaubt. Da sich - gemessen am ursprünglichen Sinn - die Bedeutung dadurch aber in das Gegenteil verkehrt erscheint es de lege fercuda zweckmäßig, die wenig glückliche Formulierung überhaupt zu streichen und die Vorschrift über den Rechtszustand der Gesellschaft vor Eintragung in Anlehnung teils an § 29 AktG, teils an § 128 HGB insgesamt etwa wie folgt neu zu fassen: "Mit der Übernahme aller Stammeinlagen durch die Gründer ist die Gesellschaft errichtet.

Für Gesellschaftsverbindlichkeiten aus der Zeit vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister haften die Gesellschafter den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich."

5. Bedeutung der §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1. S. 2 AktG aus der Sicht der hier vertretenen Meinung von der Teil-Rechtsfähigkeit der Gründungsverbände

Nachdem durch Auslegung der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG ein eigener Standpunkt zur Rechtsnatur der Gründungsverbände gewonnen wurde, kann nunmehr die systematische Stellung der umstrittenen Haftungsnormen bestimmt werden.

a) Ablehnung der bisherigen Auffassungen

(1) Herkömmliche Meinungen

Da die GmbH bereits vor ihrer Eintragung besteht und durch ihre Organe selbst am Rechtsverkehr teilnimmt, scheidet die Ansicht, die die Haftungsnormen als Anwendungsfall der Grundsätze über die Vertretung ohne Vertretungsmacht betrachtet, als mit der heutigen Rechtslage unvereinbar aus. Handeln allerdings vor der Registrierung Personen nach außen hin im Namen der Gesellschaft, ohne daß ihnen laut Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Vollmacht Vertretungsmacht zusteht, so beurteilen sich die Rechtsfolgen nach §§ 177 ff BGB.[64)]

Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung besteht ferner kein Anlaß, das Handeln im Namen der GmbH oder AG vor Eintragung zu verhindern oder zu erschweren. Für die Auslegung der §§ 11 Abs. 2 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 2 AktG als Strafvorschrift bleibt daher kein Raum.

Auch die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und die ihrer Anhänger trifft nicht zu. Da bereits die im Entstehen begriffene juristische Person durch die Tätigkeit ihrer Organe berechtigt und verpflichtet wird, kann § 11 Abs. 2 GmbHG ebenso-

---

64) So auch Büttner, aaO., S. 162.

wenig wie § 41 Abs. 1 S. 2 AktG die Bedeutung haben, "für diejenigen Geschäfte, die für die noch nicht bestehende Gesellschaft abgeschlossen worden sind, einen Schuldner zu schaffen."[65]

(2) Meinung Büttners

Da die hier vertretene Auffassung hinsichtlich der Qualifikation der Gründungsverbände als teilrechtsfähiger Organisationen im Ergebnis mit Büttner übereinstimmt, ist nicht zu bestreiten, daß den §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG systematisch gesehen nur der Sinn zukommen kann, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einen zusätzlichen Schuldner zu schaffen. Die kumulative Natur der Haftung rechtfertigt aber noch nicht, die genannten Vorschriften ohne weiteres als gesetzliche Falle einer (kumulativen) Schuldmitübernahme anzusehen, denn konstruktiv ist eine Zusatzhaftung persönlicher Art auch in Form der Bürgschaft zu erreichen.

Schuldbeitritt und Bürgschaft dienen beide zur Verbesserung der Gläubigerstellung, d.h. sind in ihrer Wirkung verwandt. Die Betrachtung der funktionellen Seite darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß vom Wesen her ein grundlegender Unterschied besteht. Während der Bürge für eine fremde Schuld, die des Hauptschuldners, einzustehen hat (§ 765 BGB), übernimmt der Beitretende die Verpflichtung des Urschuldners neben diesem als eigene. Die Schuld des Bürgen ist infolgedessen auch weiterhin abhängig von dem jeweiligen Bestand und Inhalt der Hauptschuld, dagegen berührt eine spätere Veränderung der Leistungspflicht des Ur-

---

65) RGZ 117, 194; ähnlich auch - obwohl kritisch gegenüber der Rechtsprechung - Scholz, GmbH Rdsch, 56, 3 ff.

schuldners - mit Ausnahme der Erfüllung und deren Surrogaten (§ 422 BGB) - die Schuld des Beigetretenen im allgemeinen nicht (§ 425 BGB).

Schon der soeben aufgezeigte Unterschied läßt die Auffassung Büttners zweifelhaft erscheinen. Wollte man die Haftung der Handelnden tatsächlich als kumulative Schuldübernahme werten, so würden die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG im Falle einer Leistungsstörung - und gerade dann ist eine Zusatzhaftung für den Gläubiger von besonderem Interesse - ihrem Zweck nicht gerecht. Da - abweichend von Büttner - nach hier vertretener Ansicht neben dem Gründungsverband auch die Gesellschafter haften, die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG also bestenfalls die Funktion einer weiteren Gläubigersicherung haben könnten, wäre dieses Ergebnis vielleicht noch hinzunehmen; m. E. kommt aber noch folgender, und zwar entscheidender Punkt hinzu.

Wie ausgeführt, schuldet der Beitretende die Leistung des Urschuldners neben diesem als eigene. Aus einem Handeln im fremden Namen - und an einen solchen Tatbestand knüpft die Haftung der Handelnden an - können jedoch ohne Durchbrechung der Grundsätze über die rechtsgeschäftliche Vertretung Dritten gegenüber in bezug auf das gleiche Leistungsinteresse nicht sowohl eigene Verpflichtungen des Vertretenen als auch eigene Verpflichtungen des Vertreters erwachsen. Gerade das wäre aber die Konsequenz, wenn die §§ 11 Abs. 2 GmbH, 41 Abs. 1 S. 2 AktG - wie Büttner meint - eine (kumulative) Schuldmitübernahme kraft Gesetzes darstellten.

b) Theoretisch denkbare Lösung

Wie der letzte Absatz deutlich machte, ließe sich - sofern die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG nicht überhaupt gegenstandslos sind - die Haftung der Handelnden in Einklang mit den Grundsätzen über die Vertretung systematisch lediglich als gesetzliche Bürgschaft begreifen.[66] Da die genannten Vorschriften eine Zusatzhaftung normieren, die an das Handeln namens der Gesellschaft anknüpft, die im Entstehen begriffene GmbH oder AG aber nur durch die Tätigkeit ihrer Organe berechtigt und verpflichtet werden kann, würde dies für den personellen Umfang der Haftung bedeuten, daß als Handelnde, d.h. als gesetzliche Bürgen, im Regelfall nur Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder, ausnahmsweise auch die Gründer in Betracht kommen. "Immerhin wird man annehmen müssen, daß auch die Gründer, solange der Vorstand noch nicht bestellt ist, im Namen und mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft unmittelbar handelnd auftreten können."[67] Die Haftung auf weitere Personen zu erstrecken, die als "Auftraggeber" oder "Hintermänner" die eigentliche "Triebfeder des Handelns", bilden, besteht - abgesehen davon, daß damit der sprachliche Kernbereich des vom Gesetz verwendeten Wortes "Handelnde" überschritten wird - in Hinblick auf die hier zum "Gesamtkomplex Vorgesellschaft"

---

66) So zu § 54 S. 2 BGB schon Nußbaum, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß 10, S. 350 und Grubert bei Kaskel, Hauptfragen des Tarifrechts 1927, S. 143, beide zitiert bei Schumann, aaO., S. 29, Fußnote 58.

67) Büttner, aaO., S. 162.

vertretene Lösung kein Bedürfnis.[68)]

III. Teleologische Auslegung

Aus dem gleichen Grund wie bei den Untersuchungen zum"Gesamtkomplex Vorgesellschaft" bedarf auch die soeben aus der logisch-systematischen Auslegung der §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG hervorgegangene Lösung der Kontrolle durch die teleologische Auslegung. Dabei gilt es wiederum, den ursprünglichen Sinn der umstrittenen Bestimmungen vor dem Hintergrund der weiteren Entwicklung auf seine fortdauernde Aktualität hin zu überprüfen. Während jedoch an der Parallelstelle verhältnismäßig weit auszuholen war, kann hier wegen des systematischen Zusammenhangs zwischen den Haftungsnormen und dem "Gesamtkomplex Vorgesellschaft" auf die früher gewonnenen Ergebnisse zurückgegriffen werden.[69)]

---

68) Ziemlich unklar Büttner, der ebenso wie die vorliegende Arbeit darauf abstellt, wer im konkreten Fall unmittelbar namens und mit Wirkung für und gegen die im Entstehen begriffene Gesellschaft tätig wird (vgl. aaO., S. 162), dann aber schreibt, daß "neben dem unmittelbar Handelnden auch jene Personen - Gründer oder Vorstandsmitglieder - haftbar werden (können), die durch konkreten Entschluß dem beabsichtigten Geschäftsabschluß vorher zugestimmt oder sogar auf ihn gedrängt haben" (aaO., S. 163). Diese Ausführungen enthalten m. E. einen doppelten Widerspruch. Ist entscheidendes Kriterium für die Person des Handelnden das Auftreten mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft, so kann die Haftung daneben nicht auch diejenigen erfassen, die das betreffende Geschäft lediglich intern befürwortet haben. Sofern aber eine interne Einflußnahme genügt, ist nicht recht einzusehen, warum die Haftung nicht auch auf die "tatsächlichen Urheber," die - wie der Hintermann i. S. dieser Arbeit - über das "Ob und Wie" der jeweiligen Maßnahme befinden, ausgedehnt werden sollte.

69) Wie zu Beginn des ersten Kapitels erwähnt (vgl. S. 36) befanden sich den §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1. S. 2 AktG entsprechende Vorschriften schon im ADHGB, HGB sowie im AktG von 1937.

Nach den Vorstellungen vom Wesen der Gründungsverbände, wie sie in der Originalfassung des ADHGB niedergelegt sind und heute noch - wenn auch vielleicht nicht mehr ganz ungebrochen - im GmbHG und AktG zum Ausdruck kommen, haben die Haftungsnormen die Funktion eines Auffangtatbestandes. Die jeweilige juristische Person entsteht erst mit der Eintragung in das Handelsregister; ohne gewisse Vorbereitungen ist dieses Ziel aber nicht zu erreichen. So muß die Gesellschaft von den Geschäftsführern bzw. u.a. dem Vorstand zur Eintragung angemeldet werden (§§ 7, 78 GmbHG bzw. 36 AktG), was notwendig die Ausstellung entsprechender Personen voraussetzt. Ferner ergibt sich etwa bei Sacheinlagen die Notwendigkeit von Verwaltungsmaßnahmen (Lagerung, Wartung, Versicherung etc.), die unmöglich alle bis zur Registrierung zurückgestellt werden können. Obwohl nicht feststeht, daß die Gründung zum Erfolg führt, ist also eine mehr oder weniger umfangreiche Tätigkeit im Interesse der künftigen Gesellschaft kaum zu vermeiden, ja wird sogar - wie das erste Beispiel zeigt - vom Gesetzt selbst gefordert. Da - abgesehen von den Sachgründungen - bis zur Anmeldung lediglich ein Bruchteil der Einlagen zur Verfügung der Geschäftsführung bzw. des Vorstands stehen muß (vgl. §§ 7 Abs. 2 GmbHG, 36 Abs. 2 AktG), der Wert der von Dritten bis zur Entscheidung über den Eintragungsantrag erbrachten Leistungen aber - und dies gilt in erster Linie für die GmbH - eventuell die eingeforderten Beträge erheblich übersteigt, liegen die Gefahren, die den Geschäftsgegnern aus einem Scheitern der Eintragung drohen, auf der Hand. Dieser Situation zu begegnen, ist der Zweck, den der historische Gesetzgeber mit den §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG im Auge hatte. Nach dem ursprünglichen

Verständnis vom Wesen der Gründungsverbände kann den Haftungsnormen nur die Bedeutung zukommen, Dritten, die ihre Dispositionen im Vertrauen auf das Entstehen der Gesellschaft getroffen haben, für den Fall des Fehlschlagens der Gründung, einen Ausgleich zu verschaffen.[70]

Mit der auf der gesetzlichen Verankerung der Vereinsfreiheit beruhenden grundlegend anderen rechtlichen Beurteilung der Vorgesellschaften ist dieser Zweck gegenstandslos geworden. Da die GmbH oder AG bereits vor der Registrierung als teilrechtsfähige Organisation besteht, d.h. unmittelbar durch die in ihrem Namen entfaltete Tätigkeit der Organe berechtigt wie verpflichtet wird und

---

70) Konstruktiv wird m.E. dieser Funktion nur die Ansicht gerecht, die in den Haftungsnormen einen Anwendungsfall der Grundsätze über die Vertretung ohne Vertretungsmacht, genauer Parallelbestimmungen zum heutigen § 179 BGB erblickt. Aus der Sicht des historischen Gesetzgebers entsteht die GmbH oder AG erst mit der Eintragung, so daß die vor diesem Zeitpunkt namens der Gesellschaft entfaltete Tätigkeit im Innenverhältnis als auftragslose Geschäftsführung zu qualifizieren ist. Entsprechen die getroffenen Maßnahmen dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der künftigen juristischen Person, so ist diese für den Fall ihres Entstehens verpflichtet, die Handelnden von der potentiellen Inanspruchnahme als falsus procurator freizustellen. Rechtstechnisch erfolgt die Freistellung durch Genehmigung der zuvor mangels eines Vertretenen zwangsläufig ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäfte. Wird die Eintragung abgelehnt, so scheidet die Möglichkeit einer Genehmigung durch die juristische Person aus und steht gleichzeitig die zunächst nur latente Haftung der Handelnden endgültig fest. Der ursprüngliche Sinn der Haftungsvorschriften ist nicht, "für diejenigen Geschäfte, die für die noch nicht bestehende Gesellschaft abgeschlossen worden sind, einen Schuldner zu schaffen" (RGZ 117, 194), vielmehr geht es darum, für die genannten Geschäfte in Hinblick auf ein Fehlschlagen der Gründung einen Ersatzschuldner zu kreieren.

Von einer rechtspolizeilichen Natur der Haftung kann keine Rede sein, denn im Zusammenhang mit der Anmeldung zur Eintragung setzt das Gesetz selbst ein Handeln namens der künftigen Gesellschaft voraus.

die Gesellschafter persönlich für die aus dem Gründungsstatium resultierenden Gesellschaftsverbindlichkeiten haften, erübrigt sich eine Regelung des Problems, an wen sich die Geschäftsgegner bei einem Scheitern der Gründung halten können.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG heute jeder Bedeutung entbehren; immerhin ergab sich im Rahmen der logisch-systematischen Auslegung die Möglichkeit, die Haftung der Handelnden als gesetzliche Bürgschaft zu begreifen. Nicht ohne Grund wurde jedoch diese Lösung als "theoretisch denkbar" bezeichnet.[71] Wie Wolany[72] - wenn auch in anderem Zusammenhang, so doch m. E. ganz prinzipiell - zu Recht ausführt, kann "ein Gesetz nicht eine Haftung einer Person allein deswegen vorschreiben, weil die Haftung für einen anderen von ... Bedeutung wäre; vielmehr erfordert jede Haftung in

---

71) Im allgemeinen deckt sich zwar das Resultat der zweiten Auslegungsstufe mit dem "vernünftigen Zweck," der bei Wegfall des einer Norm ursprünglich zugedachten Zwecks dessen Stelle einnimmt; zwingend ist dies indessen keineswegs. Wie erwähnt, geht die logisch-systematische Auslegung davon aus, daß sich die verschiedenen Einzelvorschriften eines Normengefüges final ergänzen, d.h. die Summe aller Einzelbestimmungen ein in sich vernünftiges Gesamtgefüge darstellt und damit auch wiederum jede einzelne Norm innerhalb des Ganzen einen vernünftigen Zweck besitzt. Die logisch-systematische Auslegung ist deshalb - mit Engisch gesprochen - "weitgehend zugleich teleologische Auslegung," was zur Folge hat, daß - sofern das Gesamtgefüge seine ursprüngliche Geschlossenheit noch wahrt - auch das Ergebnis der zweiten und dritten Auslegungsstufe übereinstimmt. Treten jedoch innerhalb des aus einem Guß gedachten Gefüges infolge der weiteren Entwicklung Verschiebungen auf, so muß der Zweck einer Einzelnorm, der ihr jetzt mit Rücksicht auf das veränderte Ganze zukommt, nicht mehr notwendig ein solcher sein, wie er einer derartigen Regelung "vernünftigerweise", d.h. gemessen an den allgemeinen Prinzipien des Rechts wie Gerechtigkeit, Rechtssicherheit oder sozialer Ausgleich, entspricht.

72) AaO., S. 45.

einem die Persönlichkeit achtenden Recht auch einen Tatbestand, der diese Haftung auf seiten des Haftenden selbst rechtfertigt." Da die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG ihrem ursprünglichen Sinn nach Parallelbestimmungen zum heutigen § 179 BGB darstellen, liegt der innere Grund für die Inanspruchnahme der Handelnden in ihrem rechtsgeschäftlichen Tätigwerden für eine nicht existente Person, knüpft die Haftung also an den Rechtsschein an, den das Handeln in fremden Namen hervorgerufen hat. Ein ausreichender Ansatzpunkt für die Haftung der Handelnden als Bürgen ist m. E. jedoch nicht ersichtlich, so daß die umstrittenen Vorschriften mit dem Wegfall der ihnen vom historischen Gesetzgeber zugedachten Funktion jede vernünftige Bedeutung verloren haben und damit heute schlechthin gegenstandslos sind.[73]

D. Folgerungen für die Strohmannssachverhalte

Entsprechend dem zu Beginn dieses Abschnitts aufgestellten "Fahrplan" gilt es nun, die im zweiten Kapitel gewonnenen Erkenntnisse in Hinblick auf die Haftung des Hintermanns auszuwerten. Zuvor erscheint es jedoch zweckmäßig, das Ergebnis der kritischen Stellungnahme nochmals kurz zusammenzufassen:

---

73) Eine gewisse Berechtigung könnte eventuell darin gesehen werden, daß erst bei Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eine Liste der Gesellschafter vorgelegt werden muß (vgl. §§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, § 37 Abs. 2 Nr. 1 AktG), d.h. die rechtsgeschäftliche Tätigkeit in einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Inanspruchnahme der Gesellschafter mangels Kenntnis der Geschäftsgegner aller dieser Personen möglicherweise erschwert ist. Ein Blick auf die in ihrer Haftungsstruktur den Gründungsverbänden verwandte OHG, bei der dieser Sachverhalt ausdrücklich geregelt ist (vgl. §§ 123 Abs. 2, 106, Abs. 2 Nr. 1 und 3 HGB), zeigt jedoch, daß das Gesetz diesem Umstand keine haftungsauslösende Bedeutung beimißt.

Schon vor der Eintragung in das Handelsregister bestehen die Kapitalgesellschaften GmbH und AG als teil-rechtsfähige Organisationen. Die im Werden begriffene Gesellschaft selbst ist Träger der aus der Tätigkeit der Organe entspringenden rechtlichen Bindungen; für die vor Registrierung eingegangenen Verbindlichkeiten haften aber den Gläubigern neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich als Gesamtschuldner.

Die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG haben nicht nur ihren ursprünglichen Zweck verloren, sondern sind überhaupt gegenstandslos.

Aus dem zweiten Resultat folgt zunächst, daß - anders als nach dem Wortlaut der genannten Vorschriften denkbar und anders als nach der in der Literatur vertretenen Auffassung - eine unmittelbare haftungsrechtliche Einbeziehung des Hintermanns allein wegen seiner Stellung als "Zentralfigur" der Strohmanngesellschaft nicht möglich ist. Die partielle Strohmann-GmbH oder Strohmann-AG bildet nur scheinbar eine Ausnahme. Zwar steht hier einer direkten Inanspruchnahme des Hintermanns durch die Gesellschaftsgläubiger nichts im Wege; nur deshalb aber, weil sich der Hintermann bei dieser Erscheinungsform nicht nur über den Strohmann, sondern auch im eigenen Namen an der Gründung beteiligt, d.h. selbst Gesellschafter wird. Die Konsequenz dieser ersten Feststellung ist jedoch keineswegs, daß den Gläubigern der ausschließlichen Strohmanngesellschaft jeder Zugriff auf das Vermögen des Hintermanns verwehrt wäre. Da allein der Beginn des Geschäftsbetriebs vor Eintragung die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auslöst, der Hintermann aber kraft seines Weisungsrechts gegenüber

den Strohmännern letztlich über das "Ob und Wie" der jeweiligen Maßnahmen entscheidet und diese ebenso wie die Gründung als Ganzes ausschließlich in seinem Interesse liegen, stellt sich die Haftung des Strohmanns intern als Aufwendung dar. Auf dem Umweg über den entsprechenden Befreiungsanspruch, also mittelbar, können sich die Gesellschaftsgläubiger auch an den Hintermann halten.[74)]

---

74) An den Gläubiger der zugrundeliegenden Forderung kann der Befreiungsanspruch nach ständiger Rechtsprechung abgetreten werden und verwandelt sich dann in einen Zahlungsanspruch. Vgl. Palandt-Danckelmann, Anm. 2 a zu § 399 mit weiteren Nachweisen. Da der Anspruch damit übertragbar ist, unterliegt er insoweit auch der Pfändung (§ 851 ZPO).

Z W E I T E R T E I L

HAFTUNG NACH EINTRAGUNG DER GMBH IN DAS HANDELS-REGISTER

Vorbemerkung

Nachdem die haftungsrechtliche Stellung des Hintermanns bei der im Werden begriffenen GmbH bestimmt wurde, wendet sich die Untersuchung nun der entsprechenden Frage bei der eingetragenen Gesellschaft zu. Wiederum ist also das Problem, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Möglichkeit besteht, den Hintermann als die "Zentralfigur" in die Haftungsverhältnisse der Gesellschaft miteinzubeziehen. Parallel zum ersten Teil dieses Abschnitts soll auch hier zunächst die Ausgangslage nach dem Gesetz und im Anschluß daran der Stand der Meinungen aufgezeigt werden. In Hinblick auf die 1967 veröffentlichte Dissertation Kamms, Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften,[1] die den Streitstand zum sogenannten Haftungsdurchgriff in voller Breite darstellt; erscheint es im Rahmen der vorliegenden Arbeit zulässig, das erste Kapitel im wesentlichen auf einen Überblick zu beschränken und nur dort weiter auszuholen, wo über die allgemeine Problematik hinaus den Besonderheiten der Strohmanngesellschaft Rechnung getragen wird.

Im zweiten Kapitel soll sodann der Versuch gemacht werden, unter Auseinandersetzung mit den bestehenden Auffassungen zu einer eigenen Lösung zu gelangen. Auf Grund der gleichen Überlegungen wie im ersten Teil (vgl. S.34) weicht der Aufbau des zweiten Kapitels wiederum vom herkömmlichen Schema ab. Kritische Analysen und eigener Vorschlag werden also auch hier nicht scharf ge-

---

1) Vgl. neuestens auch Kamprad, Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdeckte Stammeinlagen.

trennt. Die Arbeit bemüht sich vielmehr, das Problem streng methodisch anzugehen und wird, nachdem auf diese Weise die Voraussetzungen für eine kritische Würdigung geschaffen wurden, im Zuge der eigenen Erörterung entsprechend dem jeweiligen Sachzusammenhang zu den bisher erarbeiteten Ansätzen Stellung nehmen. Zum Schluß gilt es - ebenso wie schon im ersten Teil - , aus dem Ergebnis zum Haftungsdurchgriff insgesamt die Konsequenzen in bezug auf die hier speziell interessierenden Fragen zu ziehen.

ERSTES KAPITEL

DAS AUSSENVERHÄLTNIS DER EINGETRAGENEN GMBH

A. Ausgangslage nach dem Gesetz

Nach der bereits an anderer Stelle im Wortlaut wiedergegebenen Bestimmung des § 13 Abs. 2 GmbHG haftet den Gesellschaftsgläubigern für Verbindlichkeiten aus der Zeit nach der Registrierung nur die Gesellschaft. Dieser Grundsatz gilt auch im Aktienrecht (§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG), jedoch sind hier zwei Ausnahmen vorgesehen:

Der Erstattungsanspruch der AG gegen die Aktionäre auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung (§ 62 Abs. 1 S. 1 AktG) kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können (§ 62 Abs. 2 S. 2 AktG). Eine subsidiäre Haftung besteht ferner im Rahmen des § 117 AktG (§ 117 Abs. 5 AktG). Sie erfaßt nicht nur die Aktionäre, sondern jeden, der vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft eine ihrer leitenden Persönlichkeiten dazu bestimmt hat, zum Schaden der Gesellschaft zu handeln.

Die prinzipielle Trennung zwischen der eingetragenen Gesellschaft als einer eigenständigen "rechts-, pflicht- und haftungsfähigen Organisation"[2] von ihren Mitgliedern wird durch die genannten Vorschriften nicht berührt. Der ursprüngliche Anspruch der Gläubiger gegen die Gesellschaft aus Kauf, Miete oder einem beliebigen anderen vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsgrund wird nicht etwa auf die Gesellschafter erstreckt; die Gläubiger sind lediglich befugt, die Forderung der Gesellschaft auf Rückgewähr gesetzwidriger Zahlungen bzw. auf Schadensersatz zur Deckung ihrer Ansprüche unmittelbar selbst im eigenen Namen geltend zu machen.[3]

B. Stand der Meinungen

I. Vorbemerkung: Hintergrund und Bedeutung des Haftungsdurchgriffs

In Judikatur und Schrifttum wird heute vielfach die Stellung der Gesellschaftsgläubiger, insbesondere bei der GmbH aber auch bei der AG, als unbefriedigend empfunden. Sicher haften die Gesellschaften mit ihrem gesamten Vermögen; über die Mindestanforderungen hinaus enthält jedoch das Recht der Kapitalgesellschaften - abgesehen von den Spezialvorschriften für den Bereich des Kreditwesens und der Kapitalanlagegesellschaften[4] - zumindest keine ausdrücklichen Bestimmungen, wie hoch das Stamm- bzw. Grundkapital im konkre-

---

2) Büttner, aaO., S. 108.

3) Zu § 56 des AktG von 1937, dem Vorläufer des jetzigen § 62, wurde z.T. die Meinung vertreten, Gesellschaft und Aktionär seinen als Gesamtschuldner anzusehen (so z.B. Baumbach-Hueck, AktG, Anm. 29 zu § 56 und Kuhn, aaO., S. 218). Dieser Streitpunkt wurde aber durch die Novellierung eindeutig im gegenteiligen Sinne entschieden.

4) Vgl. Kamm, aaO., S. 38 Fußnote 2.

ten Fall zu bemessen ist. Diese Situation legt es nahe, den Blick auf die Betriebswirtschaftslehre zu lenken, deren spezielles Anliegen es u.a. ist, die zur Gründung eines erfolgreichen Unternehmens gebotene finanzielle Ausstattung zu erforschen. Auch hier besteht jedoch kein allgemein anerkannter objektiver Maßstab für die Bestimmung des wirtschaftlich erforderlichen Eigenkapitals.[5] "Die Vielzahl der möglichen und durchaus legitimen Gesichtspunkte entzieht die Beantwortung der Frage ... der objektiven Erfaßbarkeit in Form allgemeingültiger wissenschaftlicher Erkenntnis und führt letztlich dazu, daß nur Erfolg oder Mißerfolg darüber entscheiden, ob die Finanzstruktur eines Unternehmens den wirtschaftlichen Erfordernissen entsprochen hat."[6] Unstreitig und im Grunde selbstverständlich ist aber, daß der Eigenkapitalbedarf eines Unternehmens nicht völlig willkürlich festgelegt werden kann, sondern von einer Reihe sowohl außerbetrieblicher als auch innerbetrieblicher Faktoren - und hierunter insbesondere von Gegenstand und Umfang des Unternehmens - abhängig ist. Da die Kapitalgesellschaften - wie es § 1 GmbHG ausdrückt - zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden dürfen und damit praktisch jeder beliebige Geschäftszweig den Gegenstand des Unternehmens bilden kann und bildet, mußte eine Untersuchung über das jeweils gewählte Stamm- bzw. Grundkapital eigentlich ein sehr differenziertes Bild ergeben.[7] Die Realität

---

5) Näheres über die verschiedenen Lösungsversuche und ihre Schwächen vgl. Kamm, aaO., S. 46 ff.

6) Kamm, aaO., S. 45/46 mit Nachweisen.

7) Wegen der begrifflichen Unterscheidung von Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand vgl. Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 1 zu § 1 und Anm. 4 zu § 3.

sieht jedoch anders aus. Nach den Bekanntmachungen der Registergerichte begnügen sich die Gründer vor allem bei der GmbH auffallend häufig mit der gesetzlich vorgeschriebenen untersten Grenze von 20.000,-- DM.[8] Berücksichtigt man, daß eine solche Summe längst nicht mehr den gleichen effektiven Wert wie im Jahre 1892 repräsentiert,[9] einem als Gesellschaft firmierenden Unternehmen in der breiten Öffentlichkeit aber auch heute noch der "Nimbus" finanzieller Solidität anhaftet, so ist es kaum verwunderlich, wenn den kleineren, meist ungesicherten Gläubigern im Falle der Insolvenz einer nur mit dem Mindeststammkapital ausgestatteten GmbH die haftungsrechtliche Trennung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern ungerecht erscheint. Sofern die Gesellschafter als Darlehensgeber auch selbst noch am Konkurs oder Vergleichsverfahren teilnehmen, wird darüberhinaus nicht selten der Verdacht

---

8) Im Zuständigkeitsbereich des Registergerichts München z.B., der sich entsprechend einer Anordnung gem. § 125 Abs. 2 FGG auch auf die Amtsgerichtsbezirke der Umgebung erstreckt, wurden 1969 insgesamt 689 Gesellschaften mit beschränkter Haftung neu eingetragen. Davon entfallen 444 oder 64,7 % auf Gesellschaften mit einem Stammkapital von nur 20.000,-- DM. Für das Jahr 1970 (bis einschließlich Juli) zeigt sich etwa das gleiche Bild. In diesem Zeitraum ergaben sich den fortlaufenden Auszügen der "Süddeutschen Zeitung" zufolge insgesamt 473 Neueintragungen auf dem hier interessierenden Sektor, wobei 329, oder 69,6 % wiederum nur das Mindeststammkapital aufwiesen.

9) Der Betrag wurde seit Inkrafttreten des GmbHG verschiedentlich geändert. Durch Gesetz vom 28.6.1926 (RG Bl. I 315) wurde die ursprüngliche Fassung wiederhergestellt.

laut, daß die Gesellschafter den Plan verfolgten, "durch fraudulöse Ausnützung ihrer Haftungsbeschränkung die Gläubiger zu schädigen und möglichst viel auf deren Kosten für sich aus der Konkursmasse zu retten."[10] Um die Lösung von Sachverhalten dieser Art geht es beim sogenannten Haftungsdurchgriff.

Schon das RG hatte sich mehrfach mit dieser Problematik auseinanderzusetzen. Die zuletzt genannte Terminus findet sich jedoch erstmalig in der Habilitationsschrift Serüks, Rechtsform und Realität juristischer Personen und bedeutet hier die Möglichkeit, den "Eigenwert" der juristischen Person in Form der absolut verstandenen Trennung zwischen der Körperschaft und ihren Mitgliedern unter bestimmten Voraussetzungen zugunsten einer auch vermögensmäßigen Identität zwischen dem Verband und seinem "personellen Substrat" hintanzusetzen.

Während von hier aus die Bezeichnung Durchgriffshaftung die rechtliche Konstruktion durchaus zutreffend charakterisiert, wird dieser Begriff inzwischen auch von denjenigen Autoren verwendet, die unter Beachtung des Trennungsprinzips die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten in Fällen der geschilderten Art aus einem besonderen, d.h. neben das ursprüngliche Schuldverhältnis tretenden Verpflichtungsgrund, herleiten wollen. Obwohl der Ausdruck Durchgriffshaftung für diese Lösungsversuche nicht paßt, hat sich der Begriff als Kennzeichnung für die eingangs skizzierte Problemstellung mittlerweile durchgesetzt. Aus diesem Grunde verzichtet Kamm m. E. zutreffend darauf, an der engen Vorstellung,

---

10) Kamm, aaO., S. 113.

die der Wortsinn vermittelt, festzuhalten und definiert den Begriff ganz allgemein als "die rechtliche Möglichkeit ..., für eine Verbindlichkeit der Korporation neben dieser auch deren Mitglieder einstehen zu lassen."[11] Diese umfassende Definition soll hier übernommen werden. Sie verhindert Differenzierungen, die von der Sache her nicht geboten sind und hat darüberhinaus den Vorteil, daß sie auch die - in diesem Zusammenhang bisher zu wenig beachteten - Tatbestände der §§ 62 Abs. 2, 117 Abs. 5 AktG einschließt.

Die verschiedentlich - so auch von Kamm[12] unter Berufung auf Drobnig[13] gegen den ursprünglichen Sinn des Begriffs vorgebrachte Kritik, die AKommG zeige, daß "die persönliche Haftung der Mitglieder für Verbandsschulden mit der Existenz einer selbständigen juristischen Persönlichkeit begrifflich ... vereinbar" sei, übersieht m. E. den inneren Zusammenhang zwischen Rechtspersönlichkeit und Haftungsfähigkeit. Da das Wesen der juristischen Person als voll-rechtsfähiger Organisation durch die Verbindung von eigener Vermögenszuständigkeit mit ausschließlicher Haftungsfähigkeit gekennzeichnet wird, diese Voraussetzung aber bei der AKommG nicht vorliegt (vgl. § 278 AktG), ist diese Gesellschaft den teil-rechtsfähigen Organisationen zuzurechnen.[14]

---

11) AaO., S. 65.

12) AaO., S. 61.

13) Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, S. 20.

14) Das Gesetz bezeichnet die AKommG zwar als "Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit"; dem anschließenden Nebensatz, der - von den Rechtsverhältnissen bei der GmbH und AG ausgehend - eine erhebliche Einschränkung beinhaltet, wird jedoch erstaunlicherweise in bezug auf das Wesen der AKommG soweit ersichtlich keine Bedeutung beigemessen.

Bedenken begegnet m. E. auch das von Kuhn[15] im Anschluß an Müller-Freienfels[16] vorgebrachte Argument, "die Trennwand zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sei (nicht) bei sämtlichen Typen und Erscheinungsformen der juristischen Personen gleich stark und unüberwindlich ausgestaltet,"[17] vielmehr müsse den "besonderen Konfliktsituationen" Rechnung getragen werden, die "selbst innerhalb der vielfach gestuften, konkreten Gesellschaften des gleichen Gesetzestyps AG oder GmbH auftreten."[18] Sicher führt eine Familien-GmbH zu anderen Fragestellungen als eine Publikumsgesellschaft, deren Aktien an der Börse gehandelt werden. Dieser Umstand darf aber nicht darüberhinwegtäuschen, daß die beiden äußerlich so verschiedenen Gesellschaften hinsichtlich ihrer Qualifikation als voll-rechtsfähige Verbände im oben dargelegten Sinne übereinstimmen. M. E. vermag weder die Ablehnung einer "Einheitsfigur der juristischen Person " noch der Hinweis, die Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verband schließe die persönliche Inanspruchnahme der Mitglieder für Verbandsschulden i.S. einer Erstreckung der ursprünglich gegen die Gesellschaft gerichteten Verbindlichkeiten auf die Gesellschafter nicht aus, zu verdecken, daß es beim "Haftungsdurchgriff" um Fragen geht, die unmittelbar die Grundstruktur der Kapitalgesellschaften berühren.

II. Rechtsprechung

Der Beitrag der Judikatur zur Lösung der Problematik zeigt eine "bewegte und in ihren tragenden Gründen keineswegs einheitliche oder konsequente Entwicklung."[19] Während das neuere Schrifttum - wie

---

15) AaO., S. 200 ff.
16) AcP 156, S. 525 ff.
17) AaO., S. 200.
18) AaO., S. 203.
19) Kamm, aaO., S. 103.

erwähnt - die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern z.T. aus einem besonderen vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtungstatbestand abzuleiten sucht, beruht die höchstrichterliche Rechtsprechung mit Ausnahme der vorletzten hier einschlägigen Entscheidung desBGH auf Vorstellungen, wie sie das Wort "Durchgriff" in seinem herkömmlichen Sinn widerspiegelt.

Erstmals im Jahre 1920 rückte das RG, das sich bisher uneingeschränkt zum Trennungsprinzip bekannt hatte, von seiner früheren Auffassung ab und erklärte, "der Richter (habe) vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeiten des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen."[20] Obwohl es der Sache nach um die Haftung einer GmbH für die von ihrem alleinigen Gesellschafter persönlich übernommenen Verbindlichkeiten ging, ist das genannte Urteil auch für den hier interessierenden Fragenkreis von maßgeblicher Bedeutung.

Gestützt auf § 242 BGB und die gleichen Formulierungen entschied das RG im Jahre 1930 - wiederum für eine Einmann-GmbH - [21] daß die juristische Konstruktion voller Eigenständigkeit der Gesellschaft in Hinblick auf die Besonderheit des Einzelfalls zurücktreten müsse, wenn die Rechtsbeziehungen eines Dritten zur "GmbH es erfordern, daß die von letzterer dem ersteren geschuldete Leistung ... bewirkt wird."[22]

Mit zwei Urteilen aus den Jahren 1937 und 1938 tritt eine Wende ein.[23] War die Durchbrechung des Trennungsprinzips bisher mehr oder weniger durch

---

20) RGZ 99, 232 ff.

21) RGZ 129, 50 ff.

22) Die Entscheidung betraf einen Aufwertungsprozeß und hierauf beruht auch der Hinweis auf die Umstände des Einzelfalls. Zu Recht bemerkt Kamm (aaO., S. 74), daß der Senat nicht einmal den Versuch unternahm, "den Ausnahmecharakter ... durch ... Abstecken der Anwendungsmöglichkeiten seiner generalklauselhaften und inhaltsleeren Postulate ... zu verdeutlichen."

23) RG, JW 1938, 862 u. RGZ 158, 302.

Billigkeitserwägungen gekennzeichnet, so wird die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter durch Gesellschaftsgläubiger jetzt nur noch unter den Voraussetzungen des § 826 BGB für zulässig erachtet. Anhaltspunkte für den Nachweis des subjektiven Tatbestands lassen sich nach Ansicht des RG aus dem für die Gründung jeweils ausschlaggebenden Zweck sowie aus der Aufmachung der gegebenenfalls von den Gesellschaftern zur Konkurstabelle angemeldeten Forderungen entnehmen.[24)]

Auf Grund der Tatsache, daß das RG zur Konkretisierung des Sittenverstoßes i. S. von § 826 BGB das "gesunde Volksempfinden" heranzog und damit bis zu einem gewissen Grade dem unter Parolen wie "Tendenz der Rechtsentwicklung zu Klarheit und Volksverbundenheit"[25)] geführten, ideologisch bedingten Kampf des NS-Staates gegen die Kapitalgesellschaften und die Unterscheidung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern Rechnung getragen hatte, wäre nach 1945 eigentlich ein stärkeres Hervortreten systematischer Überlegungen zu erwarten gewesen. Obwohl die zahlreichen Prozesse um die Aufrechenbarkeit von Forderungen an das Reich mit Verbindlichkeiten gegenüber Rüstungsgesellschaften[26)] durchaus Anlaß boten, die gesamte Problematik

---

24) Von einer Ausnahme abgesehen, hielt das RG auch in der Folgezeit am Erfordernis subjektiver Kriterien fest. Vgl. RG, DR 1940, 580 f sowie RG, DR 1939, 1083; RGZ 166, 57 u. RGZ 169, 24 ff. Die genannten Entscheidungen stellen nicht etwa eine Abkehr vom ursprünglichen Verständnis des Durchgriffs dar. Den Gesellschaftsgläubigern erwächst kein originärer Anspruch gegen die Gesellschafter aus unerlaubter Handlung, vielmehr erstreckt das RG die zunächst gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung auf die Gesellschafter, da deren auf vorsätzlich sittenwidrige Schädigung Dritter abziehendes Verhalten einen Mißbrauch der Gesellschaftsform bedeutet.

25) Schumann, JW 1937, 2249, zitiert nach Unger, KTS 1959, 34 mit weiteren Nachweisen zur Polemik gegen das "anonyme Kapitel".

26) Vgl. Kamm, aaO., S. 81, Fußnote 2.

der vermögensrechtlichen Verselbständigung der juristischen Personen neu zu überdenken und die aufgeworfene Frage von einer gesicherten dogmatischen Grundlage aus anzugehen, begnügte sich der BGH unter Hinweis auf die durch die Maßnahme des NS-Regimes geschaffene besondere Situation mit einer ganz allgemeinen aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) abgeleiteten Billigkeitslösung.[27)]

Nach zwei unmittelbar den Haftungsdurchgriff im oben definierten Sinne betreffenden Urteilen,[28)] mit denen der BGH die im Vergleich zur Judikatur des RG bis 1938 nicht minder "generalklauselhafte" Formulierung prägte, "die Rechtsfigur der juristischen Person (könne) nur in dem Umfang Beachtung finden, in dem ihre Verwendung dem Zweck der Rechtsordnung entspricht,"[29)] erfolgte im Jahre 1958 eine gewisse Präzisierung. Anders als die Vorinstanz, die - wieder ging es um eine Einmann-GmbH - die Mithaftung des Gesellschafters darauf stützte, daß dieser keinen Unterschied zwischen seinem und dem Vermögen der Gesellschaft gemacht hatte, hielt der BGH diesen Gesichtspunkt allein nicht für ausreichend. Grundsätzlich - so führt der Senat aus - [30)] rechtfertigt erst das Vorliegen besonderer qualifizierdender Umstände i.S. subjektiver Merkmale, die Berufung auf das Trennungsprinzip als einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder

---

27) Bei den zuletzt genannten Entscheidungen handelt es sich ebenso wie bei Aufwertungsfällen nicht um die Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, sondern letztlich um eine Haftung des Gesellschaftsvermögens für persönliche Schulden des oder der Gesellschafter. In Hinblick auf die Wechselbeziehung, die hier zu Tage tritt, charakterisiert Drobnig (aaO., S. 24) diese Tatbestände zutreffenderweise als "umgekehrten Haftungsdurchgriff."

28) BGHZ 4, 4 ff und BGH, NJW 1957, 181.

29) BGHZ 4, 11.

30) Das Urteil ist abgedruckt u.a. in BB 1958, 169.

gegen die guten Sitten zu werten.[31]

Mit dem Urteil vom 14.12.1959 - der Sache nach hatte die im zweiten Revisionszug bestätigte Entscheidung Darlehen des Hintermanns an seine Strohmann-GmbH zum Gegenstand und ist daher für die vorliegende Arbeit von besonderem Interesse - beschritt der BGH einen völlig neuen Weg.[32]

Zunächst wendet sich der Senat der Frage der Einbeziehung des Hintermanns zu. Mittels einer Generalanalogie zu § 39 Abs. 5 des AktG von 1937, der als § 46 Abs. 5 unverändert in die heutige Fassung übernommen wurde, gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, wer zur Gründung einer GmbH einen Strohmann benützt, sei u.a. hinsichtlich der §§ 30, 31 GmbHG einem Gesellschafter gleichzustellen.[33] Nachdem mit Hilfe dieser Konstruktion der Anschluß an die allgemeine Problematik gewonnen wurde, stellt der BGH auf den Zweck der Darlehen ab, den er im konkreten Fall darin erblickte, die Konkursantragspflicht abzuwenden. Da dies - so fährt die Begründung fort - ohne Widerspruch i. S. eines venire contra factum proprium nur durch eine Behandlung der Darlehen als haftendes Kapital habe verwirklicht werden können, verstoße das Rückzahlungsverlangen gegen Treu und Glauben, sofern der mit der Hingabe der Gelder verfolgte Zweck noch nicht nachhaltig erreicht sei.

---

31) Abgesehen von der Einschränkung, die generell im Erfordernis subjektiver Momente liegt, versuchte der BGH auch, die Voraussetzungen des Durchgriffs in der Person des oder der Gesellschafter näher zu umreißen. Vgl. hierzu Kamm, aaO., S. 85 f und Unger, KTS 1959, 35. Diese Rechtsprechung wurde inzwischen auch vom BSG übernommen; vgl.Kamprad, aaO., S.55 Fußnote 219.

32) BGHZ 31, 258 = JZ 1960, 539. Vgl. auch BGH, GmbH Rdsch 63 sowie GmbH Rdsch 61, 161. Inzwischen erging am 8.7.1970 eine weitere einschlägige Entscheidung - abgedruckt u.a. in MDR 70, 919 - , der in dogmatischer Beziehung jedoch keine wesentliche Bedeutung zukommt.

33) Dieser Teil der Entscheidung wird im Rahmen des dritten Abschnitts noch im einzelnen zu erörtern sein; vgl. unten S.

III. Literatur

Das Schrifttum hat - von Ausnahmen, insbesondere zum Problem der Gesellschafterdarlehen, abgesehen - die Rechtsprechung zur persönlichen Inanspruchnahme des oder der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten jedenfalls im Ergebnis allgemein gebilligt.

1. Herrschende Meinung

Die Mehrheit der Autoren folgt auch hinsichtlich der Begründung dem von der Judikatur eingeschlagenen Weg. Ebenso wie RG und BGH bejahen sie die Möglichkeit eines Durchgriffs unter Hinweis auf die §§ 242, 826 BGB und heben sich letztlich nur dadurch voneinander ab, daß sie den Wortlaut der genannten Bestimmungen durch nicht weniger generalklauselhafte Formulierungen ersetzen.[34)]

2. Neue Lösungsversuche

Trotz der Vielzahl unkritischer Stimmen hat sich, insbesondere nach Erscheinen der Habilitationsschrift Sericks, ein Teil des Schrifttums sehr eingehend mit der Materie befaßt und neue dogmatische Ansätze erarbeitet. So verschieden die Konstruktionen auch sind, zeichnen sich doch deutlich zwei Richtungen ab. Die wohl stärkere Gruppe der "Reformer" erachtet den Durchgriff schon allein auf Grund objektiver Kriterien für zulässig, während der - in letzter Zeit angewachsenen - Minderheit eine derartig einschneidende Maßnahme nur bei Vorliegen zusätzlicher subjektiver Voraussetzungen gerechtfertigt erscheint.

---

34) Einzelnachweise bei Toussaint, Haftungsdurchgriff bei der Einmanngesellschaft. Eine gewisse Sonderstellung nimmt die Arbeit von Drobnig ein, deren Schwergewicht auf rechtsvergleichendem Gebiet liegt.

a) Objektive Theorie

(1) Ausgangspunkt

Der Grundgedanke - soweit ersichtlich - aller Vertreter eines von subjektiven Merkmalen unabhängigen Durchgriffs ist praktisch der gleiche. Sie gehen von der Überlegung aus, daß der Gesetzgeber die wirtschaftliche Betätigung mit Hilfe kapitalgesellschaftlicher Organisationsformen bei gleichzeitiger Beschränkung des Risikos der Gesellschafter auf ihre Einlage nur für den Fall zugelassen habe, daß das aus den Beteiligungen gebildete, d.h. der Körperschaft auf Dauer überlassene Vermögen im Verhältnis zum Gegenstand des Unternehmens angemessen ist.[35] Während die Geltung einer derartigen - nach übereinstimmender Ansicht zwar ungeschriebenen, gleichwohl aber fundamentalen - Rechtsregel zum Teil schlechthin unterstellt wird,[36] leitet Kuhn diesen "materialen Ordnungsgrundsatz von umfassender Bedeutung" aus den Bestimmungen über Aufbringung und Sicherung des Grund- bzw. Stammkapitals ab, die - wie er schreibt -"nicht um ihrer selbst willen (bestehen), sondern als eine von mehreren gesetzgeberischen Maßnahmen darauf gerichtet (sind), die Kapitalgesellschaften im Interesse des Verkehrsschutzes ... funktionsfähig zu machen

---

35) Vgl. Reinhardt, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, II. Bd. S. 576 ff (589); Erlinghagen, GmbH Rdsch 1962, 169 ff (171); Kuhn, aaO., S. 216. Reinhardt untersucht in erster Linie die Verhältnisse bei der Einmanngesellschaft. Da er diese jedoch für eine grundsätzliche Klärung besonders geeignet hält, gelten seine Ergebnisse ganz allgemein für sämtliche Typen von Kapitalgesellschaften (vgl. aaO., S. 577, Fußnote 4).

36) So z.B. Ermann (KTS 1959, 128 ff) aber auch Erlinghagen, der ausführt "wer eine Haftung der Gesellschafter nicht allein auf die Fälle einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung der Gläubiger beschränken will, muß notwendig die Verpflichtung der Gesellschafter anerkennen, die Gesellschaft mit einem angemessenen Haftkapital auszustatten ..." (AaO., S. 173 l.Sp.).

und zu erhalten."[37] Für Reinhardt ist das Prinzip angemessener Risikoverteilung Bestandteil des "ordre public" und zählt damit zu den "allgemeinen Ordnungsgrundsätzen der Wirtschaft,"[38] deren Beachtung durch § 138 BGB gesichert wird.

(2) Konstruktive Durchführungen

Trotz des gemeinsamen Ausgangspunkts sind die Lösungen der einzelnen Vertreter der objektiven Theorie - wie bereits erwähnt - in bezug auf die juristische Konstruktion des Durchgriffs höchst unterschiedlich.

Besteht im konkreten Fall ein "eklatantes Mißverhältnis"[39] zwischen dem Gegenstand des Unternehmens und den in Form des Grund- bzw. Stammkapitals ausgewiesenen eigenen Mitteln der Gesellschaft, so wertet dies Reinhardt als einen Verstoß gegen die guten Sitten i.S. von § 138 BGB mit der Folge, daß die Gesellschafter als "Veranstalter des Ganzen die Haftung bis zur Höhe einer angemessenen Auffüllung dieses Haftungskapitals" trifft.[40] Erlinghagen spricht im gleichen Zusammenhang von einem Fehler in der finanziellen Struktur der Gesellschaft, der es erlaubt, die "verantwortlichen"[41] Gesellschafter in Anlehnung an die zu § 31 BGB entwickelte Lehre vom Organisationsmangel zum Ausgleich der "Unterkapitalisierung"[42] heranzu-

---

37) AaO., S. 216.
38) AaO., S. 593.
39) Reinhardt, aaO., S. 590.
40) Reinhardt, aaO., S. 592.
41) AaO., S. 175 r. Sp.
42) AaO., S. 172 r. Sp.

ziehen.[43]

Eine dritte Meinung[44] schlägt der Sache nach eine Brücke zur Lehre von der verpflichtenden Wirkung des sogenannten "sozialtypischen Verhaltens."[45] Jeder - so lautet die Argumentation - , der in Form einer juristischen Person ein Unternehmen bestimmter Art und Größe betreibt, erwecke bereits durch die Teilnahme des Unternehmens am Wirtschaftsleben den Glauben, erkläre konkludent oder garantiere stillschweigend, daß er die von ihm (mit)gegründete oder weiterbetriebene Korporation mit einer für deren wirtschaftliche Zwecke ausreichenden Eigenkapitalbasis versehen habe.[46] Werden die - in Hinblick darauf, daß es sich nicht um einen "Vertrauenstatbestand irgendwelcher, beliebig zu setzender Art," sondern "um eine im Prinzip vorgegebene Ge-

---

43) Da Erlinghagen mit Nachdruck betont, der "Durchgriff" beruhe allein auf objektiven Kriterien, gleichzeitig aber den Begriff der "Verantwortlichkeit" verwendet, der im juristischen Sprachgebrauch allgemein einen subjektiven Tatbestand kennzeichnet, liegt hier - wie Wolany (aaO., S. 73, Fußnote 49) zu Recht bemerkt - ein Widerspruch vor. Über den - im Bereich des Zivilrechts bisher einzigen - Versuch Erlinghagens, einen objektiven Maßstab für die Angemessenheit des haftenden Eigenkapitals zu entwickeln, vgl. aaO., S. 173 f und kritisch hierzu Kamm, aaO., S. 52 ff.

44) Vgl. Ermann, KTS 1959, 128 ff; Kreifels, GmbH Rdsch 56, 81. Ferner Reinhardt (aaO., S. 590 f), der die Gesellschafterhaftung neben dem Verstoß gegen die guten Sitten i. S. von § 138 BGB ohne scharfe Trennung auch mit Rechtsscheinerwägungen begründet. Weitere Nachweise bei Kamm (aaO., S. 130, Fußnote 5) und Kamprad (aaO., S. 56, Fußnote 221).

45) Hierzu vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, § 4 II.

46) Daß es in Wahrheit nicht um eine Willenserklärung, sondern allenfalls um die Fiktion einer solchen geht, kommt klar und deutlich nur bei Ermann zum Ausdruck.

staltung"[47] handelt - berechtigten Erwartungen der Gesellschaftsgläubiger in dieser Richtung nicht erfüllt, so haften die Gesellschafter ohne Rücksicht auf einen etwa entgegenstehenden Willen persönlich und zwar letztlich auf Grund der ihrem Verhalten beigemessenen typischen Bedeutung.

Die m. E. innerhalb der objektiven Theorie konstruktiv überzeugenste Anwendung der allen ihren Vertretern gemeinsamen Grundvorstellung stammt von Kuhn.[48] Einem nicht näher konkretisierten Gedanken Erlinghagens folgend, der Haftungsdurchgriff stelle eine Parallele zu jenen gesetzlichen Bestimmungen dar, die den Verstoß gegen ausdrücklich normierte Ordnungsprinzipien der juristischen Person mit haftungsrechtlichen Konsequenzen verbinden,[49] betrachtet er § 56 AktG (1937), den Vorläufer des heutigen § 62 Abs. 2, als den richtigen Ansatzpunkt. Die genannte Vorschrift dient seiner Meinung dem Ausgleich von Vermögensverschiebungen, die unter "objektivem Mißbrauch der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft"[50] vorgenommen werden und schließt insoweit andere denkbare Anspruchsgrundlagen zunächst im Bereich des Aktienrechts aus.[51] Versäumen es die Gründer, die AG mit dem für den jeweiligen Gesellschaftszweck unumgänglich notwendigen Eigenkapital auszustatten, so ist dieser Sachverhalt nach Kuhns Ansicht über § 242 BGB dem Entzug haften-

---

47) Reinhardt, aaO., S. 591; ähnlich Erlinghagen, aaO., S. 173, Fußnote 35.

48) Vgl. aaO., S. 199 ff.

49) Vgl. Erlinghagen, aaO., S. 170 f. Sp.

50) AaO., S. 217.

51) Ebenso Drobnig, aaO., S. 92.

den Vermögens gleichzustellen. Obwohl damit der enge dogmatische Ansatz verlassen wird, "der den Durchgriff des § 56 AktG durch das sachgerecht einschränkende Tatbestandsmerkmal einer tatsächlich vorgenommenen Vermögensverschiebung charakterisiert," spricht seines Erachtens gegen die hieraus entspringenden Bedenken, daß "mißbräuchlicher Vermögensentzug und gebotswidrig unterlassene Herstellung einer zur Not noch ausreichenden Kapitalgrundlage"[52] innerlich eng miteinander verwandt sind und sich nur in der Handlungsart, nicht dagegen vom Erfolg her unterscheiden.

Die Tatsache, daß sich das GmbHG im Falle unzulässiger Rückzahlungen an die Gesellschafter - anders als das Aktienrecht - mit einem Erstattungsanspruch der Gesellschaft begnügt (§§ 30, 31 GmbHG), steht - so Kuhn - einer Analogie und damit einer einheitlichen Lösung des Durchgriffsproblems für beide Gesellschaftsformen nicht im Wege. Obwohl - wie Kuhn ausführt - die Regelung des § 56 AktG praktisch unverändert aus dem fast gleichzeitig mit dem GmbHG in Kraft getretenen HGB übernommen, also nicht erst 1937 neu geschaffen wurde, ist für ihn das Fehlen einer inhaltsgleichen Vorschrift im Felde des GmbH-Rechts "nicht Ausfluß einer klar durchdachten gesetzgeberischen Entscheidung."[53] Das "überragende Interesse," das in Hinblick auf die "Funktions-fähigkeit der Kapitalgesellschaften AG und GmbH im Rechtsverkehr" an der Sicherung der Normen über die Erhaltung der Haftungsgrundlage besteht - daß § 56 AktG neben anderen Vorschriften diesen Zweck diente, ist unbestritten - erfordert, so meint Kuhn, die entsprechende Anwendung der genannten Bestimmung auf die "vergleichbaren Sachverhalte des GmbH-Rechts."[54]

---

52) AaO., S. 215.
53) AaO., S. 212/213.
54) AaO., S. 213.

Nicht frei von Widerspruch, für die vorliegende Arbeit gleichwohl aber von besonderer Bedeutung, ist Kuhns Versuch, die Stellung des Hintermanns im Bereich der Durchgriffshaftung zu bestimmen.[55] Entgegen seiner zunächst ganz allgemeinen These, die Ausgleichspflicht lege als "Sanktion" gegen den objektiven Mißbrauch kapitalgesellschaftlicher Organisationsformen die Grenzen der Privatautonomie fest und müsse demjenigen auferlegt werden, der "hinreichende Macht besitzt, die Verhältnisse in der Gesellschaft zu verändern,"[56] können sich - so meint er - die Gesellschaftsgläubiger im Falle "tatsächlich durchgeführter oder gebotswidrig unterlassener Vermögensverschiebung"[57] nur dann an den Hintermann halten, wenn dieser wie bei der partiellen Strohmanngründung selbst Gesellschafter ist. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so kommt - laut Kuhn - auch bei der GmbH höchstens eine Haftung gemäß § 101 AktG (1937), dem Vorläufer des heutigen § 117, in Betracht.[58]

---

55) Vgl. aaO., S. 222 ff. Abgesehen von der knappen Bemerkung Erlinghagens "ist der Gesellschafter nur Strohmann (Treuhänder), so richtet sich die Haftung des Hintermanns (Treugebers) nach allgemeinen Treuhand-Grundsätzen" (aaO., S. 176, Fußnote 52), ist diese Frage - soweit ersichtlich - in der Literatur noch nicht behandelt worden.

56) AaO., S. 217/218.

57) AaO., S. 217.

58) Da Kuhn die Durchgriffslehre als einen unselbständigen Anwendungsfall der Gesetzesauslegung begreift (vgl. aaO., S. 204), stellt dieser speziell gesellschaftsrechtliche Deliktstatbestand - anders als nach der hier vertretenen Auffassung - für ihn keinen Fall des Haftungsdurchgriffs dar. Entsprechend der Zielsetzung innerhalb des vierten Kapitels, lediglich den unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaftsgläubigern und Hintermann nachzugehen, bleibt offen, ob der Hintermann bei der ausschließlichen Strohmanngesellschaft nicht eventuell auf dem Umweg über das Innenverhältnis in

b) Subjektive Theorie

(1) Sericks richtungsweisende Ansätze

Begründer der subjektiven Theorie ist Serick, dessen Argumentation weitgehend von den übrigen Vertretern dieser Richtung übernommen wurde.[59] Zur Konkretisierung des § 242 BGB entwickelt er eine spezielle Lehre vom Mißbrauch der juristischen Person. Seiner Ansicht nach verdient diese nur dort Anerkennung, wo sie sich innerhalb des Gebietes bewegt, das ihr von der Rechtsordnung zugewiesen ist. "Geschaffen ist sie im Bereich des Zivilrechts für den redlichen Rechtsverkehr als ein Instrument, das es dem Einzelmann ermöglicht, unter Ausschluß der persönlichen Haftung am Rechts- und Geschäftsleben teilzunehmen."[60] Der Trennungsgrundsatz, so meint er, ist nur solange gerechtfertigt, als sich die Mitglieder der Korporation "in dem von der Rechtsordnung vorgezeichneten Bereich bedienen. Wer die Rechtsform der juristischen

---

Anspruch genommen werden könnte. Soweit der Durchgriff ausschließlich auf objektive Kriterien gestützt wird, ist diese Möglichkeit m. E. naheliegend. Verlangt die rechtsordnungskonforme Verwendung der Kapitalgesellschaften eine am konkreten Unternehmensgegenstand ausgerichtete Haftungsgrundlage, so sind die Gesellschafter - könnte man argumentieren - nicht nur zur Leistung der vereinbarten Einlagen verpflichtet, sondern darüberhinaus "Garanten" einer im eben genannten Sinne angemessenen Kapitalausstattung. Diese "Garantenstellung" wäre unmittelbar mit der Teilnahme an der Gründung verbunden und damit die Ausgleichspflicht des Strohmanns gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Verhältnis zum Hintermann als Aufwendung zu qualifizieren. Da der entsprechende Befreiungsanspruch an den Gläubigern der zugrundeliegenden Forderung abgetreten werden kann und insoweit dann auch der Pfändung unterworfen ist, stände einer mittelbaren Inanspruchnahme des Hintermanns eigentlich nichts im Wege.

59) Nachweise vgl. Kamprad, aaO., S. 55, Fußnote 220

60) AaO., S. 204.

Person zu unlauteren Zwecken mißbraucht, verdient keinen Schutz. Er muß es sich gefallen lassen, daß der Schleier der Korporation von ihm weggezogen und auf ihn selbst durchgegriffen wird."[61] Ein Mißbrauch im Sinne Sericks liegt vor, wenn bewußt mit Hilfe der juristischen Person "ein Gesetz umgangen, eine vertragliche Verpflichtung verletzt oder Dritte fraudulös geschädigt werden sollen."[62] Zu der zuletzt genannten Gruppe gehört seiner Meinung nach auch das Problem der sogenannten unterkapitalisierten Gesellschaft.

"Ein Mißbrauch," so schreibt Serick, "wird zwar in der Regel voraussetzen, daß derjenige, der die Korporation mißbraucht, in der Lage ist, ihr seinen Willen aufzuzwingen. Meist geschieht dies durch Ausübung von Mitgliedschaftsrechten ... .Denkbar ist aber auch, daß die entscheidende Willensbeeinflussung darauf zurückzuführen ist, daß jemand eine juristische Person auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses ... beherrscht."[63] Die Rechtsfolge des Mißbrauchs bemißt sich bei Serick nach der Eigenart des konkreten Falls. Der Durchgriff hat "letztlich den Zweck, denjenigen zu treffen, der der Korporation mißbräuchlich seinen Willen aufzwingt."[64] Daher muß der Entscheidung die rechtliche Gestaltung zugrundegelegt werden, "die geeignet ist, den rechtswidrig erstrebten Erfolg zu vereiteln."[65] Als denkbare Konsequenz nennt Serick "die Gleichsetzung des Korporationsvermögens mit dem Vermögen der Gesellschafter, um den Gläubigern der Gesellschaft den Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter ... zu ermöglichen."[66]

---

61) AaO.
62) AaO., S. 118.
63) AaO., S. 206.
64) AaO.
65) AaO., S. 207
66) AaO. Über Abweichungen vom Grundsatz eines subjektiv-mißbräuchlichen Verhaltens vgl. Serick, aaO., S. 104 ff und 208 ff.

(2) Weitere Ausformung durch Kamm

Während sich Serick - wie das im Rahmen eines so weitgestreckten Themas gar nicht anders zu erwarten ist - nur am Rande mit der Ausgestaltung des Durchgriffs im einzelnen befaßt, hat Kamm mit der Berücksichtigung gerade auch dieser Fragen, die subjektive Theorie in maßgeblichen Punkten weiterentwickelt. Um das "Fundamentalprinzip der Haftungsbeschränkung"[67] nicht zu stark in seiner Funktion zu beeinträchtigen, bedarf seiner Auffassung nach die Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten trotz des Erfordernisses zusätzlicher subjektiver Kriterien noch zweier Einschränkungen. Die persönliche Haftung trifft bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen nur diejenigen Gesellschafter, die - so schreibt er - "tatsächlich oder rechtlich in der Lage gewesen wären, die aus der unzureichenden Kapitalausstattung herrührende Gläubigerschädigung zu verhindern ... . Wer keinen Einfluß auszuüben vermag, kann sich stets auf den gesetzlich verankerten Grundsatz der Haftungsbeschränkung berufen."[68] Die entscheidende Restriktion erblickt Kamm jedoch nicht in der personellen Abgrenzung, sondern in der Subsidiarität der Gesellschafterhaftung. Infolge der außerordentlichen Natur des Durchgriffs sind die Gesellschaftsgläubiger seines Erachtens erst mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit berechtigt, sich wegen ihrer Forderungen unmittelbar an die Gesellschafter zu halten.[69]

---

67) aaO., S. 167.

68) aaO., S. 168.

69) In diesem Sinne schon Drobnig, aaO., S. 56 sowie de lege ferenda neuerdings Sonnenberger, NJW 69, 2033 ff und für die objektive Theorie Kuhn, aaO., S. 218.

c) Zusammenfassung

Der Überblick auf den vorangegangenen Seiten zeigt ein ausgesprochen uneinheitliches Bild. Wohl nicht zuletzt mit Rücksicht darauf, daß sich die Judikatur bei den die vermögens- und haftungsrechtliche Verselbständigung der Kapitalgesellschaften betreffenden Entscheidungen nach wie vor auf Formeln stützt, mit denen man - um Serick zu zitieren - "alles begründen kann und doch niemanden zu überzeugen vermag,"[70] ist auch das Schrifttum durch vielfach richtungsloses Tasten nach einer Anspruchsgrundlage für den Haftungsdurchgriff gekennzeichnet. Die allgemeine Unsicherheit ist wohl auch die Ursache, warum die Stellung des Hintermanns im Rahmen der Durchgriffshaftung bisher kaum erörtert wurde. Hinzukommt, daß sich die um neue dogmatische Ansätze bemühte Doktrin fast ausschließlich mit dem Streit um die Voraussetzungen einer persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter befaßt und infolgedessen noch nicht zu den Fragen vorgedrungen ist, die der Durchgriff für den Bereich der Strohmanngründungen aufwirft.

Aber auch soweit die Literatur dieser besonderen Gestaltung nachgeht, geschieht dies nur zögernd und mit halbem Herzen. Selbstverständlich ist, daß die beherrschende Stellung des Hintermanns - wie Kuhn schreibt - "zu keinen gefühlsbetont übertriebenen, dogmatisch nicht sauber kontrollierbaren Maßnahmen" verleiten darf und "die Rolle, die der Hintermann bei und nach der Gründung spielt ... nicht per se seine ... Haftung für die Verbindlichkeiten der ... AG oder GmbH" nach sich ziehen kann.[71] Die im Ab-

---

70) AaO., S. 14.
71) AaO., S. 222/223.

schnitt "Ausgleichspflicht des Hintermanns" entwickelte Lösung stellt jedoch entgegen seinen Worten keine exakte Übertragung der zuvor gewonnenen Erkenntnisse auf die hier interessierenden atypischen Gesellschaftsformen dar, sondern behandelt streng genommen nur die partielle Strohmanngründung, bei der die Dinge vergleichsweise einfach liegen. Der Hinweis, bei der ausschließlichen Strohmanngesellschaft komme allenfalls eine Haftung nach § 101 AktG (1937) in Betracht, vermag nicht zu verdecken, daß Kuhn der eigentlichen Problematik ausweicht. Wenn er auch - m. E. zu Recht - der vom BGH unter Berufung auf § 39 Abs. 5 AktG (1937) vorgenommenen generellen haftungsrechtlichen Gleichsetzung von Strohmann und Hintermann entgegentritt,[72] so rechtfertigt doch die Ablehnung dieser Entscheidung - jedenfalls von seinem Ausgangspunkt aus - noch nicht, die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 56 AktG (1937) auf den Hintermann ungeprüft zu lassen.

ZWEITES KAPITEL

KRITISCHE STELLUNGNAHME UND EIGENE LÖSUNG

A. Ausgangspunkt

Auf Anhieb mag es vielleicht den Anschein haben, als ob die bisher von Rechtsprechung und Schrifttum erarbeiteten Ansätze - abgesehen von der allen Vertretern der objektiven Theorie gemeinsamen Grundvorstellung - über die Tatsache hinaus, daß die Möglichkeit einer persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten einhellig bejaht wird, keinerlei Übereinstimmung aufweisen. Betrachtet man jedoch die verschiedenen Meinungen nicht isoliert, sondern vergleicht die zur Begrün-

---

72) BGHZ 31, 258. Näheres vgl. unten S. 171 ff.

dung des Durchgriffs jeweils herangezogenen Vorschriften in bezug auf ihre systematische Stellung, so zeigt sich, daß die Konstruktionen fast durchweg im allgemeinen Zivilrecht wurzeln. Wenn der Durchgriff heute zutreffenderweise auch überwiegend als Sanktion gegen den Mißbrauch der juristischen Person verstanden wird[1] und es deshalb prima facie naheliegt, eine umfassende Lösung auf dem Boden des bürgerlichen Rechts im engeren Sinne zu suchen, so darf doch nicht übersehen werden, daß es hier in erster Linie um ein gesellschaftsrechtliches Problem geht. Zum einen ergibt sich dies schon aus der einschlägigen Judikatur. Abgesehen von dem jüngsten hier einschlägigen, dogmatisch jedoch wenig überzeugenden Urteil des BGH v. 8.7.1970[2] wurde - soweit ersichtlich - die persönliche Inanspruchnahme der hinter einer Körperschaft stehenden Personen für deren Verbindlichkeiten bisher ausschließlich bei GmbH und AG praktisch. Zum anderen - und dies ist m. E. der maßgebliche Punkt - stellt der Mißbrauch kapitalgesellschaftlicher Organisationsformen keineswegs ein neues Phänomen dar, sondern bildete von Anfang an sozusagen die Kehrseite ihrer Existenz. Die Geschichte der AG als des Prototypsder Kapitalgesellschaften wird nachgerade gekennzeichnet durch ständig wiederkehrende Perioden des Mißbrauchs und der darauf folgenden Versuche des Staates, die breite Öffentlichkeit durch verschärfte Kautelen zu schützen. Da die Entwicklung des Aktienrechts und über dieses auch des GmbH-Rechts durch das Auftreten unsolider Gründungen in den verschiedensten Varianten maßgeblich beeinflußt wurde, d.h.

---

1) So z.B. RGZ 158, 299 u. RGZ 169, 240 sowie Kuhn, aaO., S. 217 und Kamm, aaO., S. 151. Vgl. ferner Kamprad, aaO., S. 55.

2) Die Entscheidung ist u.a. abgedruckt in MDR 70, 919 f.

der Gesetzgeber der Möglichkeit einer zweckwidrigen Verwendung der Kapitalgesellschaften anläßlich der zahlreichen Reformen bereits Rechnung getragen hat, können die Gesellschafter auf Grund allgemeiner zivilrechtlicher Vorschriften nur dann für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftbar gemacht werden, wenn das geltende AktG bzw. GmbHG in dieser Beziehung keine abschließende Regelung darstellen, d.h., insoweit lückenhaft sein sollte und eine eventuelle Lücke auch nicht unter Heranziehung gesellschaftsrechtlicher Normen auszufüllen wäre. Nicht nur die Spezialität des Gesellschaftsrechts gegenüber dem bürgerlichen Recht im engeren Sinne, sondern auch die für ein Zurückgreifen auf die Vorschriften des BGB primäre Voraussetzung der Lückenhaftigkeit wurde - soweit überhaupt - bisher allenfalls am Rande behandelt, obwohl beide Gesichtspunkte für die Zulässigkeit einer persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter über die bestehende Regelung hinaus von schlechthin entscheidender Bedeutung sind. [3] Bevor sich die Arbeit den aufgeworfenen Fragen zuwendet, erscheint auch an dieser Stelle ein Blick auf die Methodenlehre geboten.

---

3) Ansätze in dieser Richtung finden sich bei Kuhn, aaO., S. 212 und Kamm, aaO., S. 186. Die Ausführungen bei Kamm sind jedoch insoweit höchst bedenklich, als er zunächst einen Durchgriff unter subjektiven Voraussetzungen bejaht (vgl. aaO., S. 157 ff) und erst im Anschluß daran nach einer "formellen Rechtsgrundlage" Ausschau hält. Befürwortet man einen Durchgriff - sei dieser nun an subjektive oder objektive Bedingungen geknüpft - so geht man damit incidenter von der Lückenhaftigkeit der bestehenden Regelung aus. Die Prüfung, ob eine Lücke vorliegt, hat aber logisch den Vorrang.

B. Zum Problem der Rechtsergänzung[4)]

I. Begriff und Arten der Gesetzeslücke

"Von einer Rechtslücke", so sagt Larenz[5)] unter Berufung auf Bierling, "kann immer nur dann die Rede sein, wo die bestehenden ... Normen der allgemeinen auf Regelung bestimmter Rechtsverhältnisse oder Gruppen von Rechtsverhältnissen gerichteten Intention des Rechts nicht vollständig genügen." Eine Lücke kann damit erst dort auftreten, wo ein zur Entscheidung anstehender rechtlicher Sachverhalt durch Auslegung bestehender Vorschriften nicht mehr gelöst werden kann. Die Ausfüllung von Lücken beginnt, wenn die Lösung nicht mehr auf dem möglichen Wortsinn der gesetzlichen Regelung beruht.

Zunächst müssen "Normlücken" und "Regelungslücken" unterschieden werden. Von einer "Normlücke" spricht man, "wenn eine geltende Norm überhaupt nicht angewendet werden kann, ohne daß eine weitere Bestimmung, die im Gesetz fehlt, hinzugefügt wird."[6)] Die "Regelungslücken" zerfallen in "offene Lücken" und "verdeckte Lücken". In beiden Fällen handelt es sich nicht wie bei der Normlücke um eine in sich unvollständige Vorschrift, sondern um eine - gemessen an der Grundkonzeption der vom Gesetzgeber beabsichtigten Gesamtregelung - unvollständige Einzelregelung. Bei der "offenen Lücke" ist eine positive Regelung, die von der Intention der Gesamtregelung her zu erwarten ist, überhaupt nicht vorhanden. Bei der "verdeckten Lücke" nimmt das Gesetz zur aufgeworfenen Frage Stellung, läßt aber eine Einschränkung vermis-

---

4) Vgl. hierzu insgesamt Engisch, aaO., S. 134 ff und Larenz, Methodenlehre, S. 273 ff.

5) AaO., S. 281/282.

6) Larenz, aaO., S. 280.

sen, die vom Ziel schon der Einzelregelung oder auch der Gesamtregelung her angebracht erscheint. Erfaßt der durch Auslegung ermittelte Sinn der bestehenden gesetzlichen Regelung auch den zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt und ist diese Regelung von der Grundkonzeption her nicht zu beanstanden, so ist eine Lücke innerhalb des geltenden Rechts nicht gegeben. Mißfällt die gesetzliche Lösung, so kann man allenfalls von einem "Fehler", von einer "rechtspolitischen Lücke" sprechen, d.h. "einer Lücke vom Standpunkt eines künftigen, besseren Rechtes aus",[7] die nur durch eine Reform des Gesetzes, nicht aber durch richterliche Lückenergänzung behoben werden kann. "Die Grenze zwischen einer 'Regelungslücke' und einem 'Fehler' lediglich im rechtspolitischen Sinne ('de lege ferenda') kann nur so gezogen werden, daß man sich fragt, ob die 'Unvollständigkeit' schon vom Standpunkt der dem Gesetz immanenten Zwecksetzung gegeben ist oder nur von dem einer dem Gesetz gegenüber selbständigen kritischen Würdigung. Wohl handelt es sich ... alle Male um eine Frage der Wertung und nicht etwa nur um eine formallogische Feststellung ... . Der Unterschied zwischen 'Lücke' und 'Fehler' aber ergibt sich aus der Verschiedenheit des zugrundegelegten Wertmaßstabes: Dieser liegt einmal im Gesetz selbst als einem Sinnganzen, das eine in sich vollständige und sachlich übereinstimmende Gesamtregelung erstrebt, zum andern in außergesetzlichen Bewertungsgrundsätzen."[8] Dabei darf die "immanente Teleologie"[9] nicht zu eng gesehen werden. "Nicht nur die Absichten und bewußt getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers sind zu berücksichtigen, sondern auch objektive Rechtszwecke und Grundsätze, denen das Recht im allgemeinen Rechnung trägt."[10]

---

7) Engisch, aaO., S. 138.
8) Larenz, aaO., S. 282/283. Hervorhebung im Original.
9) Larenz, aaO., S. 283.
10) Larenz, aaO.

II. Ausfüllung der Gesetzeslücken

1. Offene Lücken

Die Ausfüllung offener Lücken erfolgt durch Analogie. Darunter ist mit Larenz[11] "die Übertragung der für einen Tatbestand (A) oder für mehrere untereinander 'ähnliche' Tatbestände (A^1 bis A^x) im Gesetz gegebenen Regel auf den im Gesetz nicht geregelten ... A 'ähnlichen' Tatbestand (B)" zu verstehen. Die entsprechende Anwendung beruht auf dem "Postulat der Gerechtigkeit,"[12] gleich Bedeutendes rechtlich gleich zu behandeln. Ähnlichkeit bedeutet nicht Identität, d.h. ähnliche Tatbestände stimmen nur in gewissen, nicht in allen Punkten überein. Analogie ist dogmatisch nur dort vertretbar, wo die "Übereinstimmung gerade in allen denjenigen Hinsichten besteht, die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind."[13] Zuerst muß daher geprüft werden, ob zwischen dem normierten und dem nicht normierten Sachverhalt überhaupt Gemeinsamkeiten bestehen. Trifft dies zu, so muß durch Wertung festgestellt werden, ob "eben dasjenige, worin die ... Tatbestände übereinstimmen, für ihre rechtliche Wertung 'wesentlich' ist."[14] Als Ausgangspunkt dienen hier der Zweck und die Grundgedanken der gesetzlichen Regelung aber auch objektiv-teleologische Kriterien. "Die Problematik der Analogie liegt, wie hiernach leicht zu sehen, weniger in der Feststellung der Ähnlichkeit der Tatbestände, als in der Beantwortung der Frage, ob ihre teilweise Übereinstimmung wertungsmäßig so bedeutsam ist, daß sie die rechtliche Gleichbehandlung der Fallgruppen rechtfertigt."[15]

---

11) AaO., S. 287.
12) Larenz, aaO., S. 288. Hervorhebung im Original.
13) Larenz, aaO. Hervorhebung im Original.
14) Larenz, aaO. Hervorhebung im Original.
15) Larenz, aaO., S. 289. Hervorhebung im Original.

2. Verdeckte Lücken

Die verdeckte Lücke wird durch "teleologische Reduktion"[16] ausgefüllt. Die zu weit gefaßte rechtliche Regelung wird durch einen Zusatz beschränkt. Dieser kann sich aus dem Sinnzusammenhang der einzuschränkenden Norm selbst, einer anderen Norm oder aus dem Sinnzusammenhang der Gesamtregelung ergeben.

C. Lückenhaftigkeit des AktGes und GmbHGes in bezug auf die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten

Nach dem kurzen "Abstecher" in das Feld der Theorie gilt es nunmehr, die gesetzliche Regelung der Kapitalgesellschaften AG und GmbH auf eine eventuelle Lücke hinsichtlich der Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten zu überprüfen. Unter Differenzierung nach offener und verdeckter Lücke widmet sich die Arbeit zunächst dem AktG und behandelt sodann das GmbHG. Dieser Aufbau empfiehlt sich auf Grund folgender Überlegungen: Zum einen enthält das AktG - wie eingangs dargestellt - zwei Bestimmungen, die eine persönliche Haftung der Aktionäre im Außenverhältnis zum Gegenstand haben. Diese Tatsache läßt jedenfalls im Bereich des Aktienrechts das Vorliegen einer offenen Lücke zweifelhaft erscheinen. Zum anderen setzt die Existenz einer verdeckten Lücke logisch voraus, daß das Gesetz überhaupt zu der aufgeworfenen Frage Stellung nimmt. Wenn die aktienrechtliche Regelung de lege lata nicht zu beanstanden sein sollte, dagegen das GmbHG lückenhaft wäre, zwingt der hier eingeschlagene Weg schließlich dazu, vor einem Rückgriff auf den Allgemeinen Teil oder das Zweite Buch des BGB, die Möglichkeit einer analogen An-

16) Larenz, aaO., S. 296.

wendung der aktienrechtlichen Vorschriften auszuschöpfen.

I. Lückenhaftigkeit des AktGes

Da eine offene Lücke nicht besteht, sofern die dem Durchgriffsproblem zugrundeliegenden Sachverhalte anhand des geltenden Aktienrechts gelöst werden können, geht es im folgenden darum, die Tragweite der genannten Haftungsnormen zu ermitteln.

1. Offene Lücke

a) Auslegung des § 62 AktG

Obwohl die Reform von 1965 den Meinungsstreit zu § 56 AktG (1937), dem Vorläufer des heutigen § 62 Abs. 2, dahin entschied, daß Aktionär und Gesellschaft nicht in einem Gesamtschuldverhältnis stehen, die Gesellschaftsgläubiger nach der jetzt eindeutigen Fassung vielmehr lediglich befugt sind, die Rechte der Gesellschaft zur Deckung ihrer Forderungen unmittelbar selbst im eigenen Namen geltend zu machen, hat sich der Grundgedanke der Regelung nicht geändert. Wie Kuhn zutreffend schreibt, geht es darum, für die durch "objektiv mißbräuchliche Verwendung"[17] der AG gefährdeten Gläubiger einen Ausgleich zu schaffen.[18] Vom Tatbestand her ist aber die Sanktion gegen den Mißbrauch eng begrenzt. Sowohl nach geltendem Recht als auch nach dem Stand der Gesetzgebung von 1937 setzt die Inanspruchnahme der Aktionäre voraus, daß sie den aktienrechtlichen Bestimmungen zuwider Leistungen von der Gesellschaft "empfangen" haben. Warum dem so ist, kann im Augen-

---

17) AaO., S. 213.

18) Unrichtig Kamm (aaO., S. 28 und 30), der die Auffassung vertritt, die Inanspruchnahme der Aktionäre nach § 62 Abs. 2 AktG sei prinzipiell vom Vorliegen subjektiver Voraussetzungen abhängig. Abgesehen von den Fällen ungerechtfertigter Gewinn- und Zinszahlungen, bei denen zudem eine Umkehr der Beweislast zu Ungunsten der Aktionäre vorgesehen ist, handelt es sich unbestrittenermaßen um eine reine Gefährdungshaftung.

blick noch offen bleiben. Im vorliegenden Zusammenhang ist allein von Bedeutung, daß die Haftung nach dem klaren und unmißverständlichen Wortlaut an eine tatsächlich vorgenommene Vermögensverschiebung anknüpft. Auf die rechtliche Qualifikation des § 62 AktG als eines gesetzlich normierten Falls des Haftungsdurchgriffs ist dieser Umstand ohne Einfluß, denn nach der hier vertretenen Definition charakterisiert der Begriff ganz allgemein die Möglichkeit, für Verbindlichkeiten der Korporation neben dieser durch deren Mitglieder einstehen zu lassen. Da die Vorschrift auf den Entzug haftenden Kapitals abhebt, handelt es sich jedoch lediglich um eine Teilregelung des Problems. Sicher ist nicht zu bestreiten, daß sich mißbräuchlicher Vermögensentzug und anfänglich mangelhafte Kapitalausstattung - wie Kuhn ausführt - [19] aus der Sicht der Gesellschaftsgläubiger im Ergebnis nicht unterscheiden. Von der Handlungsart her besteht aber keinerlei Übereinstimmung, so daß die Frage der persönlichen Inanspruchnahme der Aktionäre bei Sachverhalten der zuletzt genannten Art jedenfalls durch eine unmittelbare Anwendung des § 62 AktG nicht gelöst werden kann.

b) Auslegung des § 117 AktG

(1) Bestimmung des "Täterkreises" und Begriff des Schadens

Im Gegensatz zu § 62 AktG, wo im Prinzip bereits ein objektiver Mißbrauch der kapitalgesellschaftlichen Organisationsformen den Durchgriff nach sich zieht, hat § 117 AktG eine deliktische Haftung zum Gegenstand. Die Vorschrift geht zurück auf § 101 AktG (1937) und wurde seinerzeit geschaffen, um den in Hinblick auf den Nachweis vorsätzlich sittenwidriger Schädigung höchst unvollkomme-

---

19) Vgl. aaO., S. 215.

nen Schutz des § 826 BGB gegen unlautere Machenschaften mit Hilfe der AG zu verstärken.

Auf Grund der Entstehungsgeschichte unterliegt es zunächst keinem Zweifel, auf welche Personen sich das Wort "wer" in § 117 Abs. 1 S. 1 AktG bezieht. Entsprechend der grammatikalischen Bedeutung kommen als "Täter" nach ganz einhelliger Meinung in gleicher Weise Aktionäre und beliebige Dritte in Betracht. Der Einfluß auf die AG braucht also nicht notwendig aus einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung zu resultieren, sondern kann z.B. ebenso auf der Stellung als Lieferant oder Kreditgeber beruhen.

Unproblematisch ist von hier aus auch, was als Schaden i. S. des § 117 AktG anzusehen ist. Da die Vorschrift eine Ergänzung des § 826 BGB darstellt liegt auf der Hand, daß die beiden Haftungsnormen in dieser Richtung übereinstimmen. Anders als bei den Tatbeständen des § 823 BGB, die nur besonders geartete Schädigungen zum Gegenstand haben, erfaßt der Begriff im konkreten Zusammenhang Nachteile jeder Art. Regelmäßig wird es sich um einen bloßen Vermögensschaden handeln. Im Einzelfall kann die unberechtigte Einflußnahme aber auch unmittelbar die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der AG bedrohen und zwar dann, wenn zweifelhaft ist, ob es der Gesellschaft gelingt, die Vermögenseinbußen aufzufangen und sich deshalb die Gefahr eines Insolvenzverfahrens abzeichnet.[20)]

---

20) Gemäß § 262 Abs. 1 Ziffer 2 u. 3 AktG, der sachlich mit § 60 Abs. 1 Ziffer 4 GmbHG bzw. § 1 LöschG übereinstimmt, wird die Gesellschaft durch Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Rechtskraft des die Eröffnung mangels Masse ablehnenden Beschlusses kraft Gesetzes aufgelöst. Soweit noch Vermögen vorhanden ist, bedeutet die Auflösung nicht sogleich das Ende der Gesellschaft, vielmehr setzt die Auflösung nur die Beendigung in Gang. Die AG oder GmbH wird von einer "werbenden" zu einer "sterbenden" Organisation, d.h. Gegenstand des Unternehmens ist künftig nur noch die Liquidation. Näheres vgl. z.B. Baumbach-Hueck, GmbHG, Übersicht vor § 60.

(2) Handeln zum Schaden der Gesellschaft

(a) Versuch einer extensiven Auslegung unter Heranziehung der BGH-Rechtsprechung zur Haftung bei Nachkommenschaftsschäden

Während die Auslegung bis hierher keine besonderen Schwierigkeiten bereitete, liegen die Dinge hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "Handeln zum Schaden der Gesellschaft" komplizierter. Da nach der hier vertretenen Ansicht die Registrierung nur insoweit konstitutiv wirkt, als die AG oder GmbH von diesem Zeitpunkt an über eine durchgehende eigenständige Haftungssphäre verfügt und - soweit keine Sondervorschriften eingreifen - bereits vor der Eintragung das Recht der jeweils angestrebten juristischen Person Anwendung findet, ist die logische Folge, daß auch die im Werden begriffene AG den Schutz des § 117 AktG genießt.

Für die Frage, ob sich der Tatbestand anfänglich unzureichender Kapitalausstattung unter die hier in Rede stehende Vorschrift subsumieren läßt, ist damit aber nur der Ansatzpunkt erreicht. Geht man ohne Differenzierung davon aus, daß der Begriff "Gesellschaft" in jedem Falle den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages in gerichtlicher oder notarieller Form voraussetzt, so wäre dies nur dann möglich, wenn Schädigung und Entstehung zusammenfallen könnten, d.h. die Schädigung der Gesellschaft nicht notwendig deren Präexistenz erfordert. Der Gedanke ist nicht so abwegig wie es vielleicht den Anschein haben mag und wurde von der Rechtsprechung auch bereits zur Lösung eines verwandten Problems, und zwar im Rahmen der Haftung für Nachkommenschaftsschäden herangezogen. In der "sensationellen Entscheidung"[21] vom 20.12.1952[22] - der Sache nach ging es um die Regreßklage eines mit

---

21) Raape, JZ 56, 671.

22) Abgedruckt u.a. in JZ 53, 307 ff.

Lues zur Welt gekommenen Kindes, dessen Mutter einige Zeit vor der Empfängnis infolge einer Bluttransfusion syphilitisch infiziert worden war - führt der zweite Senat des BGH aus, es sei ein grundlegender Irrtum, "die Rechtsgrundsätze über die Abgrenzung zwischen der Schadenszufügung durch Einwirkung auf ein absolutes subjektives Recht und der Schadenszufügung durch sonstige Vermögensschädigung auf eine Schadenszufügung durch Einwirkung auf die in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Lebensgüter" zu übertragen. "Diese Lebensgüter" - so die Begründung - "stellen in keinem Fall selbst subjektive Rechte dar, vielmehr kann nur davon gesprochen werden, daß jeder Mensch ein Recht auf sie besitzt, so wie auch das Grundgesetz vom Recht eines jeden auf Leben und körperliche Unversehrtheit spricht (Art. 2 Abs. 2 S. 1)".[23] Daß z.B. "das Eigentum verletzt wird, bevor Eigentum entstanden ist," sei "begrifflich unmöglich"; eine solche "rein gegenständliche Betrachtung" werde jedoch - so heißt es weiter - "dem besonderen Wesen der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Lebensgütern nicht gerecht, denn diese seien "Ausdruck der Personenhaftigkeit des Menschen, ... Teil der Natur und Teil der Schöpfung, ... Ausdruck des Lebens, Wesen des Lebendigen selbst und empfangen allein von hier aus ihren Inhalt."[24] Von dieser Grundlage ausgehend gelangt der Senat schließlich zu dem Ergebnis, daß schon jede Entziehung oder Störung, die von einem Menschen herrührt und das natürliche Wachstum und die natürliche Entfaltung des nasciturus hindert oder beeinträchtigt, eine Verletzung der Gesundheit darstellt, die dem Kläger

---

23) AaO., S. 307 r.Sp. / 308 l.Sp.; Hervorhebungen im Original.

24) AaO.

mit der Vollendung der Geburt entstanden ist.[25]

Der wesensmäßige Unterschied zwischen Körperschaften und natürlichen Personen erlaubt es selbstverständlich nicht, die Argumentation des BGH unmittelbar auf die hier anstehende Frage zu übertragen. Man könnte aber daran denken, eine Parallele zu den Überlegungen des Senats zu ziehen. Wie bereits erwähnt, führt die unberechtigte Einflußnahme auf die Gesellschaft u.U. nicht lediglich zu einem Vermögensschaden, sondern stellt darüberhinaus eine Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit dar. Da die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet - folgt man der vom BGH vertretenen Unterscheidung zwischen Verletzung eines in § 823 Abs. 1 BGB genannten Lebensgutes und der Verletzung eines absoluten Rechts - ebenso wie Leben und Gesundheit "Ausdruck der Personenhaftigkeit des Menschen" ist und als Teil der durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit auch, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Rechtsfähigkeit, den Körperschaften zusteht,[26] wäre es durchaus konsequent, die Wahl eines - gemessen am geplanten Unternehmensgegenstand - unzureichenden Grundkapitals als Schaden anzusehen, der der Gesellschaft mit Abschluß der Satzungsfeststellung erwächst.

Der Umstand, daß eine zu knapp bemessene Eigenkapitalausstattung für sich allein genommen keine effektive Einbuße bedeutet, steht dieser Konstruktion nicht entgegen, denn die ganz allgemeine Meinung[27] definiert den Schaden im zivilrechtlichen

---

25) Vgl. aaO., S. 308 l.Sp.

26) Vgl. z.B. Maunz-Dürig-Herzog, Anm. 68 zu Art. 2 Abs. 1 und Anm. 55 ff zu Art. 19 Abs. 3 GG.

27) Vgl. z.B. Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu Vorb. § 249.

Sinne nicht als realten Verlust, sondern als das Interesse, das sich aus dem Vergleich der tatsächlich vorhandenen, d.h. durch das Schadensereignis geschaffenen, mit der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Güterlage ergibt. Gleichwohl ist der soeben skizzierte Weg nicht gangbar. Zurückhaltung gegen die Argumentation des BGH ist allein schon deshalb am Platz, weil zur Lösung des dem Urteil zugrundeliegenden Falles eine Differenzierung hinsichtlich der Verletztbarkeit der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter nicht erforderlich ist.[28] Der entscheidende Punkt ist jedoch, daß die Grundthese des BGH weder in § 823 Abs. 1 BGB noch im System des Deliktsrechts eine Stütze findet. "Wenn § 823 Abs. 1 BGB ... den Lebensgütern und den absoluten Rechten" - wie Wolf-Naujoks m. E. zutreffend schreiben - "genau gleiche Wirkung zuspricht, so müssen beide juristisch das gleiche sein."[29]

(b) Extensive Auslegung auf der Grundlage eines eigenständigen Begriffs der Gesellschaft i. S. des § 117 AktG

Mit dem soeben abgelehnten Gedankengang ist jedoch die Auslegung keineswegs am Ende. Wie schon kurz angedeutet, bleibt zu prüfen, ob die Festlegung eines von Anfang an unzureichenden Grundkapitals nicht eventuell durch eine Differenzierung in bezug

---

28) Wie die kritischen Stimmen in der Literatur (vgl. z.B. die Anmerkung v. Schmidt in JZ 53, 308 r. Sp. und Laufs in NJW 65, 1053 ff jeweils mit weiteren Nachweisen) zutreffend hervorheben, liegt es sehr viel näher, den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB durch die Qualifikation des nasciturus als eines auch bezüglich des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit teilrechtsfähigen Wesens zu erweitern.

29) E. Wolf - H. Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, S. 173.

auf die Voraussetzungen des Begriffs "Gesellschaft" unter § 117 AktG subsumiert werden kann. Um Mißverständnissen vorzubeugen, erscheint es zweckmäßig, das Problem zu verdeutlichen. Da die Gesellschaft nach der hier vertretenen Auffassung nicht erst mit der Eintragung in das Handelsregister entsteht, unterliegt es keinen Bedenken, daß die konstitutive Wirkung prinzipiell der Satzungsfeststellung zukommt und auch das Gesetz, wenn es von Gesellschaft spricht, an diesen Akt anknüpft. Die aufgeworfene Frage zieht also nicht etwa generell die konstitutive Natur der Satzungsfeststellung in Zweifel, sondern befaßt sich damit, ob von dieser als Grundsatz aufgefaßten Regelung im Einzelfall Ausnahmen möglich und rechtlich haltbar sind.

Unbestritten ist zunächst, daß in verschiedenen Zusammenhängen verwendete Grundbegriffe ein und desselben Gesetzes nicht notwendig inhaltlich übereinzustimmen brauchen, sondern jeweils im Sinne der Einzelvorschrift geklärt werden müssen. In bezug etwa auf diejenigen Normen, die die Verpflichtung zur Leistung der Einlage zum Gegenstand haben, wäre eine von der Regel abweichende Interpretation sicher verfehlt. Die §§ 54 ff AktG setzen klar ersichtlich den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags voraus, in dem - wie § 23 Abs. 3 AktG bestimmt - Art und Umfang der Leistungspflicht im einzelnen verankert sind. Bei § 117 AktG liegen die Dinge jedoch anders, denn die Haftung aus unerlaubter Handlung fußt nicht auf einer wie auch immer gearteten Sonderbindung, sondern ergibt sich aus einem zurechenbaren Verstoß gegen allgemein verbindliche Forderungen der Rechtsordnung. Natürlich stehen diese allgemeinen Verhaltenspflichten nicht beziehungslos im Raum. Da das Deliktsrecht über den Schadensausgleich hinaus je-

doch den Sinn hat, die Sauberkeit des Rechts- und Geschäftsverkehrs zu gewährleisten, erscheint es zulässig, den Schutzbereich einer deliktischen Haftungsnorm durch ein extensives Verständnis des jeweiligen Schutzobjektes zu erweitern.

Von dieser Warte aus gesehen, besteht m.E. kein Hindernis, von "Gesellschaft" i.S. des § 117 AktG bereits ab dem Zeitpunkt zu sprechen, in dem zwischen den späteren Gründern i.S. des § 28 AktG Einigkeit besteht, ein gemeinsames unternehmerisches Ziel unter der vom Gesetz für die AG vorgeschriebenen Organisationsform in Angriff zu nehmen.

Als erstes gilt es, diese These gegen einen Einwand tatsächlicher Art zu verteidigen, und zwar insofern, als die Schwierigkeiten, die die Gründung einer Kapitalgesellschaft mit sich bringt, in der Regel unterschätzt werden. Wie sich aus Formulierungen, wie etwa "oft geht dem Gesellschaftsvertrag ein Vorvertrag voraus ..."[30] oder "denkbar und in der Praxis gewiß nicht selten, sind vorbereitende Abreden, die der Satzungsfeststellung vorausgehen,"[31] ergibt, wird z. T. offenbar die Meinung vertreten, den ersten Schritt auf dem Wege zur Verbandserrichtung stelle vielfach sogleich die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages dar. M.E. ist diese Auffassung nicht genügend an der Wirklichkeit orientiert. Allein schon in Hinblick darauf, daß das bei der AG von der Gesamtheit der Gründer aufzubringende Kapital mindestens 100.000,-- DM beträgt und es folglich für jeden von ihnen um Vermögenswerte geht, die auch für gutsituierte Bürger nicht eben eine Kleinigkeit bedeuten, liegt es außerhalb jeder Lebenserfahrung, wenn man annehmen wollte, die Gründer

---

30) Baumbach-Hueck, AktG, Anm. 6 zu § 16.
31) Büttner, aaO., S. 42.

hätten sich nicht in jedem Fall schon vorher wenigstens auf die Verwirklichung ihrer Ziele unter dieser Gesellschaftsform geeinigt.

Es mag sein - letztlich bedarf dies hier keiner Entscheidung - , daß die wiedergegebene Auffassung über den Ablauf der Verbandserrichtung in der gesetzlichen Regelung vor dem 6.9.1965 eine gewisse Stütze findet. Nach dem AktG von 1937 mußte der Mindestnennbetrag des Grundkapitals nicht in jedem Fall von den Unterzeichnern des gerichtlich oder notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages aufgebracht werden, vielmehr bestand neben dieser allgemein als Einheitsgründung bezeichneten Möglichkeit als zweite Modalität die Stufengründung. Da es die die Satzung feststellenden Personen hier bei der Übernahme von je wenigstens einer Aktie bewenden lassen konnten, und die Aufbringung des restlichen Kapitals durch Aktienzeichnung von Seiten Dritter erfolgte, standen bei den am Abschluß des gerichtlichen oder notariellen Gesellschaftsvertrages Beteiligten eventuell nur vergleichsweise bescheidene Vermögenswerte auf dem Spiel. Selbst wenn man unterstellt, daß mit Rücksicht auf das verhältnismäßig geringe finanzielle Risiko dieser Variante vorbereitende Absprachen nicht zwingend erforderlich sind, so wäre eine derartige Schlußfolgerung doch jedenfalls heute nicht mehr gerechtfertigt, denn das geltende Aktienrecht kennt nur mehr die Einheitsgründung, für die solche Überlegungen nicht Platz greifen.

Daß die Übereinkunft der Gründer, ein gemeinsames unternehmerisches Ziel nach dem vom Gesetz für die AG normierten Organisationsschema in Angriff zu nehmen, sicher nur im seltensten Fall notariell oder gar gerichtlich beurkundet wird, steht dem von der Regel abweichenden Verständnis des Begriffs

Gesellschaft im Rahmen des § 117 AktG nicht entgegen. Zwar vertritt die in Rechtsprechung und Schrifttum wohl herrschende Meinung[32] den Standpunkt, daß auch ein der Satzungsfeststellung vorausgehender Vertrag zwischen den Gründern - und als solcher ist die hier als Kriterium des Begriffs Gesellschaft i.S. des § 117 AktG betrachtete Übereinkunft zu werten - der in § 23 Abs. 1 AktG bestimmten Form bedarf, weil die Formvorschrift, mag sie daneben auch andere Zwecke verfolgen, doch auch die Gesellschaftsgründer schützen will. M. E. ist diese Auffassung aber nicht stichhaltig. Sicher ist richtig - wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt - , daß bei der Errichtung der AG für jeden der Gründer erhebliche Vermögenswerte auf dem Spiele stehen. Gleichwohl darf aber - was die Gegenansicht zu Recht betont - nicht übersehen werden, daß sich das Risiko der Gründer im Prinzip unbestrittenermaßen auf die übernommene Einlage beschränkt. Vergleicht man diese Situation etwa mit dem Risiko, das die Gründung einer OHG mit sich bringt - obwohl hier das gesamte Vermögen der Gesellschafter der Haftung unterworfen ist, bedarf der Abschluß des Gesellschaftsvertrags bekanntlich keiner Form[33] - , so liegt auf der Hand, daß die für die Satzung der AG vorgeschriebene Form ausschließlich den Gläubigerschutz bezweckt.

Ebensowenig spricht gegen die eigenständige Bedeutung des Begriffs Gesellschaft im Rahmen des § 117 AktG, daß die als Kriterium verstandene Übereinkunft lediglich die Verfolgung eines gemeinsamen unternehmerischen Ziels nach dem für die AG geltenden

---

32) Vgl. z.B. Baumbach-Hueck, AktG, Anm. 6 zu § 116 und Büttner, aaO., S. 43, jeweils mit weiteren Nachweisen.

33) Das gleiche gilt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie für die KG in bezug auf die Komplementäre.

Organisationsschema zum Gegenstand hat und sich darüberhinaus nicht auch auf den in § 23 Abs. 2 und 3 AktG umrissenen Mindestinhalt der künftigen Satzung erstreckt. Sicher kann aus einem Vorvertrag nur dann auf Zustimmung zum Abschluß des endgültigen Vertrages geklagt werden, wenn dessen unerläßlich notwendiger Inhalt zumindest im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. Daraus folgt aber keineswegs, daß die Übereinkunft der Gründer jeder Relevanz, insbesondere in bezug auf das Deliktsrecht, ermangelt. In aller Regel sind Verpflichtungen durch Klage und anschließende Vollstreckung erzwingbar, doch wird die Erzwingbarkeit von der Doktrin wohl überwiegend[34)] nicht als wesensnotwendiges Moment der Verpflichtung angesehen. Dies bedeutet, daß die sogenannte unvollkommene Verbindlichkeit oder Naturalobligation rechtlich kein nullum darstellt, sondern eine echte Bindung im Rechtssinne erzeugt.

Sofern die Übereinkunft der Gründer ein gemeinsames unternehmerisches Ziel nach Maßgabe der für die AG vorgeschriebenen Organisationsform zu verfolgen, nicht mangels der entsprechenden Schritte gegenstandslos wird, sondern sich - eventuell nach weiteren internen Absprachen - die Satzungsfeststellung anschließt, so hat die eigenständige Bedeutung des Begriffs Gesellschaft im Rahmen des § 117 AktG zur Folge, daß die Festlegung eines - gemessen am geplanten Unternehmensgegenstand - unzureichenden Grundkapitals auch ohne Heranziehung der BGH-Rechtsprechung zur Haftung bei Nachkommenschaftsschäden als Vermögensschaden der Gesellschaft qualifiziert werden kann.

---

34) Vgl. z.B. Palandt-Danckelmann, Anm. 4 zu Einl. vor § 241 und Larenz, Lehrbuch, AT, § 2 III mit weiteren Nachweisen.

(3) Bestimmung des beeinflußten Personenkreises

Das Ergebnis des vorigen Absatzes für sich allein besagt noch nicht endgültig, daß sich die Sachverhalte, um die es bei der Durchgriffshaftung geht, unmittelbar aus § 117 AktG heraus lösen lassen, vielmehr hängt die direkte Anwendung des § 117 AktG davon ab, ob der vom Gesetz als Ansatzpunkt der Beeinflußung genannte Personenkreis ebenfalls im Wege der Auslegung erweitert werden kann.

Auch hier empfiehlt sich ein Blick auf die Verhältnisse bei der Vorgesellschaft, denn mit der im Anschluß an Büttner getroffenen Feststellung,[35] daß - solange die Organe noch nicht bestellt sind - die Gründer unmittelbar selbst namens und mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft handeln können, ist die Frage incidenter bereits bejaht. Da mangels einschlägiger Vorschriften eine Vertretung kraft Gesetzes ausscheidet, kann das Ergebnis theoretisch nur so gedeutet werden, daß die Erklärungen der Gründer anläßlich der Satzungsfeststellung zugleich eine stillschweigende Bevollmächtigung jedes einzelnen von ihnen durch die Gesamtheit enthalten. Mit dieser Überlegung ist aber noch keineswegs der Nachweis erbracht, daß die Annahme einer konkludent erteilten Vertretungsmacht auch wirklich dem Willen der Beteiligten entspricht, denn häufig verbirgt sich hinter dem Argument des schlüssigen Verhaltens nichts weiter als eine Fiktion. Im konkreten Fall erscheint ein solcher Einwand jedoch mit Rücksicht auf die Interessenlage nicht gerechtfertigt. Da die Berufung des Aufsichtsrates, der seinerseits den Vorstand bestellt, gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 AktG der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, wird diese Maßnahme in der Praxis zumeist mit der Satzungsfeststellung verbunden.

---

35) Vgl. oben S. 83.

Sofern sich jedoch die Besetzung der verschiedenen Positionen verzögert - gemäß § 36 Abs. 1 AktG ist der Zeitpunkt für die Berufung der Organe nur insoweit bestimmt, als die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister durch sämtliche Gründer und Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates gemeinsam zu erfolgen hat - besteht von seiten der Gesellschafter durchaus ein Bedürfnis, dem Gründungsverband interimsmäßig in anderer Weise zu Handlungsfähigkeit zu verhelfen. § 78 Abs. 1 AktG, wonach die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich durch den Vorstand vertreten wird, steht dieser Lösung nicht entgegen, denn wie schon mehrfach betont, trägt das Gesetz - wenn überhaupt - den besonderen Problemen der im Werden begriffenen Körperschaft nur höchst unvollkommen Rechnung.

Von der systematischen Grundlage her eröffnet sich die Bedeutung des soeben gewonnenen Resultats für die Auslegung des § 117 AktG ohne weiteres. Da seit der Aktienrechtsreform von 1965 auch die Einflußnahme auf Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte die Ersatzpflicht auszulösen vermag und die Befugnis der Gründer, subsidiär unmittelbar selbst namens und mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft zu handeln, ebenso wie Prokura und Handlungsvollmacht auf gewillkürter Vertretungsmacht beruht, geht es darum, ob eine dieser beiden Arten der Bevollmächtigung auch den hier in Rede stehenden Tatbestand erfaßt.

Die Prokura scheidet aus, denn gemäß § 48 Abs. 1 HGB ist ihre Erteilung mittels ausdrücklicher Erklärung zwingend vorgeschrieben. Bei der Handlungsvollmacht liegen die Dinge jedoch anders. Da § 54 HGB bezüglich der formellen Seite keine Sonderregelung enthält, verbleibt es bei § 167 Abs. 1 BGB, wonach grundsätzlich eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung genügt, die - wie das

bei formlosen Rechtsgeschäften stets möglich ist - auch durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck kommen kann. Das Fehlen eines Anstellungsverhältnisses steht der Qualifikation der Gesellschafter als Handlungsbevollmächtigter mit zeitlich bis zur Berufung der Organe beschränkter Vertretungsmacht nicht entgegen. Die Bevollmächtigung wird zwar in aller Regel mit dem Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages verbunden; gleichwohl ist sie ihrer Natur nach abstrakt, d.h. hat keinerlei schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten zur Voraussetzung.

Für die Gesellschaft, wie sie oben bezüglich des besonderen Bereichs des § 117 AktG definiert wurde, gilt nichts anderes. Auch hier kann angenommen werden, daß die die Übereinkunft der späteren Gründer i.S. des § 28 AktG tragenden Erklärungen, ein gemeinschaftliches unternehmerisches Ziel in Form des für die AG vorgeschriebenen Organisationsschemas in Angriff nehmen zu wollen, zugleich die konkludent erteilte Vertretungsmacht jedes einzelnen durch ihre Gesamtheit i.S. einer Handlungsvollmacht für die Gesellschaft beinhaltet. Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Beurteilung der Verhältnisse bei der Vorgesellschaft und der Gesellschaft im speziellen Zusammenhang mit der deliktischen Vorschrift des § 117 AktG sind m. E. nicht ersichtlich. Sicher werden in diesem Stadium - anders als bei der Vorgesellschaft, wo dies durchaus möglich ist - noch keine Geschäfte getätigt, die unmittelbar den Gegenstand des Unternehmens betreffen. Trotzdem ist die Vertretungsmacht nicht ohne Inhalt, denn es geht ja darum, das gemeinsame Vorhaben zu fördern und Schritt für Schritt zu verwirklichen. Hierzu bedarf es weiterer, und zwar nunmehr ins einzelne reichender Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sowie eventuell

auch Verhandlungen mit Dritten, etwa in bezug auf künftige Kredite, Lizenzen und ähnliche Dinge mehr.

C. Zusammenfassung

Als Zwischenbilanz der bisherigen Untersuchungen ist festzuhalten, daß die mit dem Haftungsdurchgriff verbundenen Sachverhalte unmittelbar unter die deliktische Vorschrift des § 117 AktG subsumiert werden können und somit zumindest bei der AG für eine anderweitige von subjektiven Voraussetzungen abhängige persönliche Inanspruchnahme der Aktionäre für Verbindlichkeiten der Gesellschaft kein Raum verbleibt. In Hinblick auf die von der Regel abweichende Definition der Gesellschaft ist dieses Ergebnis sicher angreifbar. Da aber - wie der Streitstand zeigt - nach wie vor die unterschiedlichsten Auffassungen in bezug auf Abgrenzung, dogmatische Einordnung und Ausgestaltung des Durchgriffs vertreten werden, obwohl sich Judikatur und Lehre seit nunmehr fast einem halben Jahrhundert mit der Problematik befassen, liegt auf der Hand, daß eine "Patentlösung" nicht existiert.

Trotz mancher Bedenken ist aber m.E. das hier gefundene Ergebnis den bisherigen subjektiven Theorien vorzuziehen. § 242 BGB scheidet schon deshalb als Anspruchsgrundlage aus, weil Treu und Glauben zwar die Abwicklung bestehender oder wenigstens angebahnter Rechtsbeziehungen beeinflussen, nicht aber solche Beziehungen unmittelbar begründen können.[36] Aber auch dann, wenn man sich über den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift hinwegsetzt, erscheint die Beschränkung des Durchgriffs in Form subjektiver Voraussetzungen mangels entsprechender Tatbestands-

---

36) Vgl. Larenz, Lehrbuch, AT, § 10 I. Die Frage ist jedoch umstritten; Nachweise für die Gegenmeinung u.a. bei Kuhn, aaO., S. 211, Fußnote 33.

merkmale kaum gerechtfertigt. Das gleiche gilt bezüglich der Subsidiarität der Haftung, deren Sinn von der Sache her nicht zu leugnen ist. Sofern der Durchgriff schon aus Treu und Glauben folgen soll, liegt es sehr viel näher, diese Schranke aus dem Aktienrecht selbst abzuleiten, zumal dem Gedanken der hilfsweisen Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft über die im Jahre 1937 erstmals in das Gesetz aufgenommene und weitergeführte Regelung des alten § 101 Abs. 4 AktG hinaus anläßlich der letzten Reform in starkem Maße Rechnung getragen wurde.[37)]

Auch § 826 BGB ist letzten Endes kein geeigneter Ansatzpunkt. M. E. steht außer Frage, daß die genannte Vorschrift im Vergleich zu § 242 BGB viel eher als Grundlage einer subjektiven Durchgriffstheorie in Betracht zu ziehen ist, denn zum einen wird hier unmittelbar eine Haftung von Gesetzes wegen angeordnet und zum anderen hängt diese vom Nachweis vorsätzlichen Handelns, mithin von subjektiven Voraussetzungen in der Person des Haftenden ab. Gleichwohl läßt sich eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten aus § 826 BGB nicht herleiten. Ist der Tatbestand sittenwidriger Schädigung objektiv und subjektiv erfüllt, so erwächst dem Geschädigten in gleicher Weise wie in den anderen Fällen einer unerlaubten Handlung i.S. der §§ 823 ff BGB ein Ersatzanspruch gegen den "Täter", der den Ausgleich der gerade durch die vorsätzlich sittenwidrige Handlungsweise verursachten Nachteile zum Gegenstand hat. Resultiert der Schaden aus der Geschäftsverbindung mit einer Kapitalgesellschaft, deren Gründung oder Fortführung entsprechend dem Willen der Gesellschafter die Benachteiligung potentieller Gläubiger bezweckt, so ist durchaus

---

37) Vgl. unten S. 155f.

möglich, daß der Ersatzanspruch seinem Inhalt und Umfang nach auf Ausgleich der seitens der Gesellschaft nicht erfüllten bzw. nicht erfüllbaren Verbindlichkeiten durch die Gesellschafter geht. Die Rechtsnatur der Haftung ändert sich dadurch aber keineswegs. Wenn auch die Gesellschafter der Sache nach für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufzukommen haben, so treten sie doch rechtlich gesehen weder als Haupt- noch als Hilfsschuldner in das zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger bestehende Schuldverhältnis ein, vielmehr basiert ihre Inanspruchnahme unmittelbar auf dem Tatbestand der unerlaubten Handlung, d.h. auf einem völlig eigenständigen Verpflichtungsgrund.

Unabhängig von dem soeben erörterten Gesichtspunkt begegnet ein auf § 826 BGB gestützter Durchgriff noch einem zweiten wesentlichen Einwand. Der Verstoß gegen die guten Sitten erfordert nach der vom RG[38] geprägten und seither von Rechtsprechung und Schrifttum stets wiederholten Formulierung ein Handeln gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Da jedoch gerade in einer pluralistischen Gesellschaft ein einheitlicher Bewertungsmaßstab fehlt und folglich das Urteil im Einzelfall sehr unterschiedlich sein kann, ist eine Generalklausel zur Lösung eines Problems, das unmittelbar die Grundstruktur der juristischen Personen AG und GmbH berührt, von Haus aus ungeeignet.

---

38) Vgl. RGZ 48, 114.

2. Verdeckte Lücke

a) Vorbemerkung

Nachdem sich ergeben hat, daß die Haftung gemäß § 117 Abs. 5 AktG auch dann zum Zuge kommt, wenn die Gründer in der Satzung vorsätzlich ein - gemessen am Gegenstand des Unternehmens - unzureichendes Grundkapital festgelegt haben und die Gesellschaft deshalb ihre Verpflichtungen alsbald nicht oder nicht mehr in vollem Umfang erfüllen kann, bleibt nunmehr noch zu prüfen, ob nach der Grundkonzeption der vom Gesetz beabsichtigten Gesamtregelung eine persönliche Inanspruchnahme der Gründer darüberhinaus unter Umständen nicht eventuell auch im Falle eines lediglich objektiven Mißverhältnisses zwischen Eigenkapital und Unternehmensgegenstand gerechtfertigt ist. Konkret gesagt gilt es im folgenden, den Ausgangspunkt der Verfechter eines von subjektiven Kriterien unabhängigen Durchgriffs einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

b) Bedeutung der Normgruppen über Aufbringung und Sicherung des Grundkapitals

(1) Zusammenhang mit dem Wesen der AG als vollrechtsfähiger Körperschaft

Es ist nicht zu bestreiten, daß die hier in Rede stehenden Vorschriften - und innerhalb der zweiten Gruppe insbesondere die §§ 62 und 66 Abs. 2 AktG - einen "Grundpfeiler des Aktienrechts" darstellen. Trotz des Gewichts, das den genannten Bestimmungen zukommt, darf darüber aber nicht die Gesamtschau vernachläßigt werden, denn ohne Berücksichtigung der inneren Verbindung zwischen den Normen über Aufbringung und Sicherung des Grundkapitals und dem Wesen der AG ergibt sich zwangsläufig ein schiefes Bild.

Auch hier erweisen sich wiederum die Untersuchungen im ersten Teil dieses Abschnitts als vorteilhaft. Wie im Rahmen der Auslegung der §§ 11 Abs. 1 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 1 AktG im einzelnen ausgeführt,[39] besteht das Charakteristikum der eingetragenen Gesellschaften nicht bloß in ihrer Eigenschaft als Zuordnungspol von Rechten und Verbindlichkeiten - dieses Kriterium findet sich in gleicher Weise schon bei den Gründungsverbänden - sondern in ihrer ausschließlichen Haftungsfähigkeit. Betrachtet man die Vorschriften betreffend Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals aus dieser Perspektive, so ergeben sich erhebliche Bedenken, ob sie einen - wie Kuhn[40] meint - "materialen Ordnungsgrundsatz von umfassender Bedeutung" repräsentieren. Sehr viel näher liegt m. E. der Schluß, daß die genannten Bestimmungen lediglich als Konsequenz der den registrierten Gesellschaften eigentümlichen Haftungsstruktur aufzufassen sind. Gerade weil sich die Gesellschaftsgläubiger nur an das Gesellschaftsvermögen und nicht daneben auch unmittelbar an die Aktionäre persönlich halten können, erscheint es eine zwingende Notwendigkeit, den aus den Einlagen gebildeten Grundstock dieses Vermögens, der - im Vergleich zu den Personengesellschaften - von den Gläubigerinteressen her gesehen gewissermaßen den Ausgleich für den Wegfall der persönlichen Haftung auf Seiten der Gesellschafter darstellt, hinsichtlich seiner Schaffung und Erhaltung zu gewährleisten. Das Argument Kuhns, "die Trennwand zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sei (nicht) bei sämtlichen Typen und konkreten Erscheinungsformen juristischer Personen gleichstark und unüberwindlich ausgebildet," verbunden mit der

---

39) Vgl. oben S. 56 ff.
40) AaO., S. 216.

Forderung," auf das Dogma von der Einheitsfigur endgültig zu verzichten" und zu erkennen, daß "besondere Interessenlagen, die ihre jeweils eigenen Rechtswirkungen bedingen, selbst innerhalb der vielfach gestuften, konkreten Gesellschaften des gleichen Gesetzestyps AG oder GmbH auftreten,"[41] vermag diese Bedenken nicht auszuräumen. Selbstverständlich "führt die mit Strohmännern gegründete Einmann-AG an andere Konflikte und Fragestellungen heran, als eine Mehrmann-AG mit Tausenden von Aktionären oder eine stark mehrheitsbeherrschte Familien-AG, an der eine Minderheit familienfremder Dritter beteiligt ist."[42] Bestreitet man jedoch, daß diese Unterschiede tatsächlicher Art das Prinzip der vermögensrechtlichen Trennung zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären berühren, so rechtfertigt dies noch keineswegs den Vorwurf, einem "irrigen Vorverständnis der juristischen Person"[43] erlegen zu sein. Kuhn selbst schreibt im Rahmen seiner Erörterungen über die Rechtsfähigkeit der Einmanngesellschaft, diese Frage könne erst entschieden werden, "wenn über den Inhalt der Rechtsfähigkeit ... Sicherheit besteht" und bemängelt darüberhinaus durchaus zutreffend, daß die Rechtsfähigkeit herkömmlich noch immer als Status gesehen und deshalb in der bekannten inhaltsleer-abstrakten Weise definiert wird.[44] Da er aber ohne nähere Prüfung den Gedanken einer partiellen Rechtsfähigkeit ablehnt[45] und sich damit aus seiner Sicht das Problem erübrigt, welche Bestandteile im einzelnen den Begriff ausmachen, dringt er nicht zum Kern der Sache vor. Zweifelsohne ist Kuhn die eigenständige Haftung der juristischen Person geläufig. Mit Rücksicht darauf,

---

41) Kuhn, aaO., S. 203 und 202.
42) Kuhn, aaO., S. 203.
43) Kuhn, aaO., S. 200.
44) AaO., S. 51 ff.
45) Vgl. aaO., S. 54.

daß er sich entgegen seinem eigenen Ansatz nicht mit dem Inhalt, sondern fast ausschließlich mit dem Umfang der Rechtsfähigkeit befaßt, bleibt ihm jedoch die innere Verbindung zwischen Haftungsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit verborgen. Schließlich vermögen auch die von Kuhn als "Umschwung" begrüßten Thesen des BGH die Einschränkung des Trennungsprinzips nicht zu rechtfertigen. Ebenso wie die stereotype Berufung des Reichsgerichts auf "die Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen"[46] erscheinen auch die vom BGH aufgestellten Formeln vom "Zweck der Rechtsordnung," innerhalb dessen die juristische Person allein Beachtung finde[47] und der "rechtsordnungsmäßigen Verwendung" der juristischen Person außerordentlich bedenklich. "Schlagworten der genannten Art, die so ausgeprägt auf Klang und Reiz des Ungewöhnlichen abgestimmt sind, begegnet man" - wenn dieser Satz bei Kuhn[48] auch in andere Richtung zielt - "wie meist, so auch hier, am besten in nüchtener Distanz."

(2) Verbindung mit der Funktion des Gesellschaftsvermögens

Mit den bisherigen Ausführungen ist aber die aufgeworfene Frage noch nicht endgültig beantwortet, denn wegen der inneren Verbindung zwischen den Normgruppen über Aufbringung und Sicherung des Grundkapitals und der Haftungsstruktur der AG wäre es verfehlt, die Funktion des Gesellschaftsvermögens bei der Entscheidung unberücksichtigt zu lassen.

---

46) So etwa RGZ 156, 217 (277); weitere Nachweise bei Kuhn, aaO., S. 201, Fußnote 7.

47) BGHZ 20, 4 (14) und 22, 226 (231) sowie 31, 258 (271).

48) AaO., S. 203.

Außer Zweifel steht - wie schon erwähnt -, daß das Gesellschaftsvermögen und folglich auch das Grundkapital, mit dem es sich vor Beginn der Geschäftsfähigkeit praktisch deckt, als Ersatz für den Ausschluß der unmittelbar persönlichen Haftung der Aktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gedacht ist, d.h. dem Gesellschaftsvermögen eine gewisse Garantiefunktion zukommt. Um Aussagewert zu gewinnen, bedarf diese ganz unstreitige Feststellung allerdings der Konkretisierung, denn je nach-dem, ob die Garantie nur die satzungsmäßig verankerte Kapitalausstattung oder die "wirtschaftliche Solidität"[49] zum Gegenstand hat, variiert auch die Bedeutung der Vorschriften, die auf ihre Sicherung ausgerichtet sind.

Gegen die zweite Version, die allein Kuhns Auffassung rechtfertigen könnte, spricht zunächst, daß das AktG nicht den geringsten Hinweis enthält, wie hoch und nach welchen Gesichtspunkten das Gesellschaftskapital im Einzelfall zu bemessen ist, sondern nur ein Mindestkapital verlangt. Auf Anhieb mag man dies vielleicht als Lücke empfinden. Berücksichtigt man jedoch, daß diese Regelung im Zeitalter des Liberalismus, d.h. unter der Parole größtmöglicher Freiheit des Individiums von staatlichem Zwang, konzipiert und trotz der verschiedenen Novellierungen praktisch unverändert in das geltende AktG übernommen wurde, so zeigt sich klar, daß die finanzielle Ausgestaltung der AG - abgesehen vom Mindestkapital - ganz bewußt den Gesellschaftern vorbehalten ist. Die Grenze der Parteiautonomie bildet - nicht anders als sonst - auch hier das zwingende Recht, insbesondere das Deliktsrecht und speziell § 117 AktG. Wäre es der Zweck des Gesellschaftsvermögens, die wirtschaftliche Solidität der AG zu garantieren, so hätte der

---

49) Sonnenberger, aaO., S. 2034 l.Sp.

Gesetzgeber zweifellos in Hinblick auf das altbekannte Phänomen des Mißbrauchs kapitalgesellschaftlicher Organisationsformen detaillierte Vorschriften über die Bemessung des Grundkapitals geschaffen.

Der wirklich ausschlaggebende Gesichtspunkt ist aber, daß das Gesellschaftsvermögen nur dann die Funktion einer Soliditätsgarantie zu erfüllen vermag, wenn das Grundkapital als sein - zumindest anfänglich - wesentlichster Bestandteil dem jeweiligen Geschäftsverlauf angepaßt würde. Dieser Effekt kann - wie Sonnenberger[50] zutreffend ausführt - weder durch ein allgemein gesetzlich festgelegtes Grundkapital noch mit einer Kapitalausstattung erreicht werden, die dem konkreten Unternehmensgegenstand gebührend Rechnung trägt. "In beiden Fällen ist zwar eine Soliditätsgarantie im Augenblick der Gesellschaftsentstehung möglich. Im Verlauf der Geschäftstätigkeit wird jedoch das Grundkapital zu einem bloßen Rechnungsposten ..., der noch nicht einmal zugunsten der Gesellschaftsgläubiger hinterlegt werden muß. Es steht der Gesellschaft als Betriebskapital zur Verfügung und kann sogar verwirtschaftet werden."[51] Ein an den Geschäftsverlauf gekoppeltes Grundkapital, d.h. ein Gesellschaftsvermögen, dem wirklich die Funktion einer Soliditätsgarantie zukommt, hätte - und auch insoweit ist Sonnenberger[52] vollauf zuzustimmen - "im Ergebnis ... eine unbeschränkte gesetzliche Nachschußpflicht" zur Folge, eine Konsequenz, die mit der Grundstruktur der AG schlechthin unvereinbar ist. Die überragende Bedeutung der AG im

---

50) AaO., S. 2034 1.Sp.

51) Sonnenberger, aaO.

52) AaO.

Wirtschaftsleben beruht darauf, daß die Aktionäre nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, das Risiko der Beteiligung sich also im Vergleich etwa zur Stellung als Komplementär einer Personengesellschaft oder als Einzelkaufmann bei redlichem Verhalten kraft Gesetzes auf die Einlage beschränkt. Eine - selbst subsidiare - Mithaftung der Gesellschafter bis zum "Wert des Kapitals ..., das der Gesellschaft objektiv mißbräuchlich entzogen geblieben ist"[53] kann deshalb m.E. nicht einmal de lege ferenda befürwortet werden, es sei denn, daß man sich entschließt, die AG in ihrer gegenwärtigen Erscheinungsform aufzugeben.

Das vage Argument, die Ausgleichspflicht werde durch das "Erfordernis extremer Unterkapitalisierung" auf "krasse Fälle"[54] eingeengt, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Da es an einer gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnismethode zur Ermittlung des jeweils gebotenen Grundkapitals fehlt, ist auch der Begriff der extremen Unterkapitalisierung kein brauchbares Mittel, um bei einem von subjektiven Kriterien unabhängigen Haftungsdurchgriff die Verwendungsfähigkeit der AG im Rechtsverkehr zu erhalten.

c) Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Rechts

Die im letzten Absatz gewonnene Erkenntnis, daß die Vorschriften über Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals keinen materialen Ordnungsgrundsatz von umfassender Bedeutung enthalten, der es erlauben würde, eine in Hinblick auf den Unternehmensgegenstand unzureichende Kapitalausstattung dem Tatbestand effektiven Substanzentzugs i.S.

---

53) Kuhn, aaO., S. 219.
54) Kuhn, aaO., S. 218.

des § 62 AktG gleichzusetzen, schließt einen von subjektiven Kriterien abhängigen Durchgriff noch nicht endgültig aus. Sicher sprechen die bisherigen Ergebnisse, insbesondere in bezug auf die Funktion des Gesellschaftsvermögens, gegen die Lückenhaftigkeit der bestehenden Regelung. Da die "immanente Teleologie des Gesetzes" als der für die Lösung der anstehenden Fragen verbindliche Bewertungsmaßstab aber - wie schon erwähnt[55] - nicht zu eng gesehen werden darf, d.h. neben den bewußt getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers auch die allgemeinen Prinzipien des Rechts berücksichtigt werden müssen, sind die Überlegungen Rheinhardts und Erlinghagens nicht schlechthin von der Hand zu weisen.

Der Sache nach geht es bei der Forderung nach angemessener Risikoverteilung bzw. ordnungsgemäßer finanzieller Organisation der Kapitalgesellschaften um das Prinzip des Verkehrsschutzes, dem in unserer Rechtsordnung ohne Zweifel erhebliche Bedeutung zukommt. Gerade weil dem so ist, kann aber nicht ohne weiteres angenommen werden, die "Väter" des AktG hätten diesen Gesichtspunkt übersehen. Skepsis gegen diese Prämisse, auf der - soweit ersichtlich - sämtliche Vertreter der objektiven Theorie aufbauen, ist schon allein mit Rücksicht auf die Untersuchungen im vorangegangenen Absatz geboten. Da dem Gesellschaftsvermögen in Form der satzungsmäßigen Kapitalausstattung, wenn auch eingeschränkt durch den Geschäftsverlauf, die Bedeutung eines Garantiefonds zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zukommt, steht außer Frage, daß auch die Vorschriften, die seine Aufbringung und Erhaltung bezwecken, den Schutz des Rechtsverkehrs im Auge haben. Wie Kuhn[56] zutreffend betont, sind die Normgruppen über Aufbringung und Sicherung von Kapital und Vermögen jedoch

---

55) Vgl. oben S. 118.

56) AaO., S. 216.

nur "eine von mehreren gesetzgeberischen Maßnahmen ..., (um) die Kapitalgesellschaften im Interesse des Verkehrsschutzes ... funktionsfähig zu machen und zu erhalten." Obwohl sich Kuhn also durchaus im klaren ist, daß der Gesetzgeber den Anliegen der Allgemeinheit auch noch in anderer Weise Rechnung getragen hat, unterläßt er es ebenso wie die übrigen Vertreter der objektiven Durchgriffstheorie, die im Vergleich zu den bereits behandelten Bestimmungen kaum weniger wichtigen Vorschriften über die Publizität sowie die Haftung für den ordnungsgemäßen Hergang der Gründung im vorliegenden Zusammenhang auch nur zu erwähnen. Bezieht man diese Normgruppen, deren Zweck es ganz unstreitig ist, Mißbräuchen vorzubeugen und den potentiellen Gläubigern bis zu einem gewissen Grad Einblick in die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu gewähren,[57] in die Betrachtung ein, so wird deutlich, daß die geltende Regelung, wonach eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter im Falle der "Unterkapitalisierung" nur gemäß den Voraussetzungen des § 117 AktG möglich ist, auf einer in sich vollständigen Gesamtkonzeption beruht und auch mit Rücksicht auf die Belange des Verkehrsschutzes als sachlich geschlossene Lösung bewertet werden muß.

Nicht zuletzt beweist die Praxis, daß die Interessen der Gesellschaftsgläubiger de lege lata keineswegs in einer Weise gefährdet sind, die einen allein von objektiven Kriterien abhängigen Durchgriff als zwingend erforderlich erscheinen ließe. Jeder im Geschäftsleben auch nur halbwegs versierte Mensch weiß, daß das Vertrauen auf die finanzielle Leistungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners - sofern nicht besondere Umstände hinzutreten -

---

57) Vgl. §§ 26 und 27, 30 ff, 36 ff sowie 42 ff AktG.

keinen rechtlichen Schutz genießt und richtet sein Verhalten entsprechend ein. Wer diesbezüglich, ohne daß auf seiten seines Vertragspartners Unlauterkeiten begangen werden, Nachteile erleidet, hat sich diese also selbst zuzuschreiben. Bei der Anbahnung und Abwicklung von Verträgen mit Kapitalgesellschaften gilt nichts anderes. Wer sich nicht nur auf die Verlautbarungen des Handelsregisters verlassen will, ist nicht gehindert, sich in gleicher Weise wie bei Geschäften mit Einzelpersonen oder Personengesellschaften ergänzende Informationen zu beschaffen und den Geschäftsabschluß gegebenenfalls mit der Gewährung geeigneter Sicherheiten zu koppeln.

Abgesehen davon, daß das Fehlen einer über § 117 AktG hinausreichenden Haftung vom Standpunkt der dem Gesetz immanenten Zwecksetzung keine Unvollständigkeit darstellt, ist es - wenn schon auf die allgemeinen Prinzipien des Rechts zurückgegriffen wird - höchst bedenklich, nur auf einen dieser Grundsätze abzuheben. Im Interesse des Verkehrsschutzes mag ein allein auf objektive Kriterien gestützter Durchgriff wünschenswert sein. Rechtspolitisch wäre jedoch eine Entwicklung in dieser Richtung m. E. insgesamt verfehlt. Wie Wolany[58] - wenn auch in anderem Zusammenhang, so doch ganz allgemein zutreffend - ausführt, "entspricht es nicht unserem Rechtsdenken, Haftungen allein nach den Bedürfnissen des Gläubigers zu begründen, vielmehr erfordert jede Haftung in einem die Persönlichkeit achtenden Recht auch einen Tatbestand, der diese Haftung auf seiten des Haftenden selbst rechtfertigt." Da dem aus den Einlagen gebildeten Grundkapital nicht die Funktion einer Soliditätsgarantie zukommt und sich deshalb das Argument als

---

58) AaO., S. 48 bzw. 45.

Trugschluß erweist, die Gründer erklärten bereits durch die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr konkludent oder garantierten stillschweigend, daß ihre Organisation mit einem für deren wirtschaftliche Zwecke ausreichenden Eigenkapital versehen sei, bleibt als haftungsauslösender Tatbestand i.S. Wolanys nur die unlautere Handlungsweise der Beteiligten. Ein von subjektiven Voraussetzungen unabhängiger Durchgriff würde gegen das dem Prinzip des Verkehrsschutzes durchaus ebenbürtige Gebot der Rechtssicherheit verstoßen. Die Bedeutung der Kapitalgesellschaften im Wirtschafsleben beruht - wie an anderer Stelle schon erwähnt - auf dem im Vergleich etwa zur Beteiligung an einer Personengesellschaft begrenzten Risiko. Wollte man über § 117 AktG hinaus - wie Kuhn schreibt - den Gläubigern auch in den Fällen "funktionswidrig unterlassener Kapitalausstattung"[59] einen Ausgleichsanspruch gewähren, so hätte dies eine äußerst weitreichende und einschneidende Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit zur Folge und wäre - auch unter der Voraussetzung "extremer Unterkapitalisierung" - mit einer Aufgabe der AG in ihrer gegenwärtigen Form verbunden.[60]

3. Zusammenfassung

Als Resummee der Untersuchung über die Außenhaftung der AG ist folgendes festzuhalten:

Zunächst hat sich die eingangs angestellte Vermutung bestätigt, daß die mit dem Begriff des Durchgriffs zusammenhängende Problematik auf der Grundlage der vorhandenen Regelung gelöst werden kann, d.h. die primäre Frage, ob das Aktienrecht insoweit eine offene Lücke enthält, verneint werden muß. Ohne

---

59) AaO., S. 218.

60) Im gleichen Sinne z.B. auch Kamm, aaO., S. 152 und Wolany, aaO., S. 69.

in diesem Stadium der Prüfung der Bedeutung der Vorschrift nachzugehen, scheiterte eine extensive Auslegung des § 62 AktG schon an der Eindeutigkeit des Wortlauts. Die zweite Haftungsnorm bot demgegenüber in Gestalt der Formulierung "Handeln zum Schaden der Gesellschaft" durchaus Raum für eine Interpretation. Als das entscheidende Kriterium für die Tragweite des § 117 AktG erwies sich aber bald, wie der Begriff Gesellschaft im Rahmen dieses deliktischen Tatbestands zu bestimmen ist. Nach dem Versuch, eine Parallele zur Rechtsprechung des BGH zur Haftung bei Nachkommenschaftsschäden zu ziehen, gelangte die Arbeit dabei zu dem Ergebnis, daß es der Zweck des Deliktsrechts erlaubt, den Anwendungsbereich der jeweiligen Vorschriften durch ein extensives Verständnis ihres Schutzobjekts zu erweitern und damit letztlich auch einer eigenständigen, vom Regelfall abweichenden Definition des Begriffs Gesellschaft bei § 117 AktG nichts im Wege steht.

Auf der zweiten Stufe der Erörterung ergab sich sodann, daß das Fehlen einer Einschränkung, derzufolge die Ausstattung einer AG mit einem im Vergleich zum Unternehmensgegenstand von Anfang an unzureichendem Eigenkapital für sich allein genommen schon die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter nach sich zieht, eine bewußte und gewollte Entscheidung des Gesetzgebers darstellt und auch unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, insbesondere des Prinzips des Verkehrsschutzes, nicht zu beanstanden ist.

Damit liegt weder eine offene noch eine verdeckte Lücke vor. Darüberhinaus kann m.E. nicht einmal von einem Fehler gesprochen werden.

II. Lückenhaftigkeit des GmbHG

Entsprechend den zu Beginn der Erörterung angestellten Überlegungen[61] wendet sich die Arbeit nunmehr der Frage zu, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das GmbHG bezüglich der persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten Lücken aufweist. Im Vergleich zu den Untersuchungen zum Aktienrecht verkürzt sich das Problem insofern, als das GmbHG keinerlei einschlägige Vorschriften enthält und deshalb nur das Vorliegen offener Lücken in Betracht kommt.

1. Haftung infolge unlauterer Einflußnahme auf die Gesellschaft

Daß das Fehlen einer Parallelbestimmung zu § 117 AktG als nachträgliche Regelungslücke aufzufassen ist, liegt m.E. auf der Hand. Aus den Materialien des Gesetzes ergibt sich kein Anhaltspunkt, daß seinerzeit erwogen wurde, einen besonderen deliktischen Tatbestand dieser Art zu schaffen. Mit Rücksicht auf die bereits in anderem Zusammenhang erwähnte liberale Gesinnung der sogenannten Gründerjahre ist dies auch nicht verwunderlich. Offensichtlich gingen die Urheber des GmbHG davon aus, daß die Belange der Korporation selbst sowie der Gesellschaftsgläubiger und Gesellschafter im Falle unsauberer Machenschaften durch § 826 BGB ausreichend geschützt seien. Die Praxis zeigte aber, daß mit dieser Vorschrift allein der mißbräuchlichen Ausnutzung tatsächlicher oder rechtlicher Einflußmöglichkeiten auf die Gesellschaft kaum wirksam begegnet werden kann, weil der Nachweis der Sittenwidrigkeit ohne Überspannung dessen, was dem An-

---

61) Vgl. oben S. 120.

standsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft, in aller Regel nicht zu führen ist.

Daß lediglich das Aktienrecht dieser Einsicht Rechnung trägt, beruht nicht auf den strukturellen Unterschieden zwischen AG und GmbH, sondern darauf, daß die seit langem geplante Reform des GmbHG bis heute nicht verwirklicht wurde. Der Sache nach ist die Situation bei der GmbH nicht anders zu beurteilen als bei der AG. Auch hier besteht die Gefahr, daß die zur Vertretung der Gesellschaft befugten und damit in Wahrnehmung fremder Interessen tätigen Personen - sei es intern oder von außen hier - mit unlauteren Absichten konfrontiert und entsprechendem Druck ausgesetzt werden. Die Chancen, auf diesem Wege eigennützige Ziele zu realisieren, sind m.E. bei der GmbH sogar vergleichsweise günstiger. Während die Geschäftsführung der AG ohne Rücksicht auf die Größe des Unternehmens der Überwachung durch den Aufsichtsrat unterliegt, schreibt § 77 BetrVG dieses Kontrollorgan bei der GmbH nur vor, wenn mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Hinzukommt, daß die gesetzestypische Form der GmbH auf einen kleineren Kreis von Beteiligten zugeschnitten ist und der folglich engere Kontakt der Gesellschafter untereinander sowie zu den mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft handelnden Personen eventuelle Manipulationen erleichtert.

Da sich - wie die aktienrechtliche Regelung deutlich macht - die Konzeption des Gesetzes bezüglich einer deliktisch begründeten persönlichen Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten seit Inkrafttreten des GmbHG merklich verschärft hat und von der Interessenlage her - wenn bei der GmbH eine Haftung insoweit nicht sogar dringlicher erscheint - jedenfalls

Übereinstimmung gegeben ist, begegnet eine analoge Anwendung des § 117 AktG keinen Hindernissen.[62] Die Aufgaben des Vorstandes werden bei der GmbH - je nachdem was der Gesellschaftsvertrag vorsieht - von einem oder mehreren Geschäftsführern wahrgenommen.[63] An die Stelle des Vorstandes tritt also insoweit die Geschäftsführung. Im übrigen bestehen hinsichtlich der als Vertreter der Gesellschaft in Betracht kommenden und damit in fremdem Interesse handelnden Personen zwischen AG und GmbH keine Unterschiede. Dies gilt insbesondere auch für die Verhältnisse zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrages und dem Zeitpunkt, in dem sich die Gesellschafter darauf geeinigt haben, ein gemeinsames unternehmerisches Ziel auf der Grundlage des für die GmbH vorgeschriebenen Organisationsschemas zu verwirklichen.

2. Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung

Wie bereits mehrfach festgestellt, enthält das GmbHG im Gegensatz zum Aktienrecht keine Vorschrift, die es den Gesellschaftsgläubigern erlaubt, den Anspruch der Gesellschaft gemäß § 31 Abs. 1 auf Rückgewähr verbotener Zahlungen selbständig geltend zu machen. Ob das Fehlen einer Parallelbestimmung zu § 62 Abs. 2 GmbHG als Gesetzeslücke zu bewerten ist, muß auch hier wieder anhand der Gesamtkonzeption im Recht der Kapitalgesellschaften beurteilt werden.

Die persönliche Haftung der bevorzugten Gesellschafter wurde nicht erst durch § 217 des HBG v.1897 neu

---

62) Im Ergebnis ebenso Kuhn, aaO., S. 223 für § 101 Abs. 5 AktG (1937) und Ballerstedt, JZ 60, 513 (517 r.Sp.).

63) Vgl. §§ 76 ff AktG bzw. 35 ff GmbHG.

geschaffen, sondern findet sich bereits im ADHGB von 1861. Zwar wird hier für die AG keine ausdrückliche Regelung dieser Art getroffen; nach damals ganz herrschender Meinung wurde aber Art. 197 Abs. 3 S. 1, die einschlägige Bestimmung für die AKommG, entsprechend angewendet.[64] Diese Tatsache spricht ganz entschieden gegen die Ansicht Kuhns, das Fehlen dieser Möglichkeit bei der GmbH beruhe auf einer "nicht ... klar durchdachten gesetzgeberischen Entscheidung."[65]

Die Begründung zum Entwurf des GmbHG zeigt auf Schritt und Tritt, wie gründlich sich seine Verfasser mit dem damaligen Aktienrecht befaßt hatten. Sie läßt auch erkennen, warum die aktienrechtliche Regelung nicht übernommen wurde. Die subsidiäre Kollektivhaftung der übrigen Gesellschafter gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG "für etwaige Schmälerungen des Stammkapitals ... erscheint ... ausreichend," so heißt es dort, "um anderweitige kautelarische Vorschriften in vielen Beziehungen entbehrlich zu machen."[66] Obwohl sich der Absatz, dem dieses Zitat entnommen ist, ausdrücklich nur mit der Gründerhaftung beschäftigt, muß m.E. aus der Formulierung "in vielen Beziehungen" geschlossen werden, daß sich die Formulierung "kautelarische Vorschriften" auch auf die persönliche Haftung der Aktionäre bei unzulässigen Rückzahlungen bezieht.

---

64) So Gareis-Fuchsberger, Kommentar zum ADHGB, Anm. 470 und Puchelt, Kommentar zum ADHGB 4. Aufl., Anm. 3 zu § 218. Art. 197 Abs. 3 S. 1 ADHGB von 1861 entspricht Art. 198 S. 1 ADHGB in der Neufassung auf Grund der Aktienrechtsnovelle vom 17.7.1884 und hat folgenden Worlaut:
"Die Kommanditisten haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und soweit sie diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben."

65) AaO., S. 212/213.

66) AaO., S. 3730 1. Sp. Hervorhebung vom Verfasser.

Der grundlegende Unterschied zwischen AG und GmbH, d.h. die stärkere Betonung des personalen Elements, spielt in diesem Zusammenhang keine entscheidende Rolle. Im Innenverhältnis trägt § 31 Abs. 3 GmbHG dazu bei, die Beziehungen der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft und damit auch der Gesellschafter untereinander fester zu gestalten. Im Außenverhältnis dient die genannte Vorschrift dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Ihre Interessen erschienen dem Gesetzgeber auch ohne direkten Zugriff auf die Gesellschafter durch die Kollektivhaftung ausreichend gesichert. Sie ist damit nicht allein als Ersatz der auf den Umfang des § 9 GmbHG reduzierten Gründerhaftung, sondern ebenso als Ausgleich für den unmittelbaren Zugriff auf die Aktionäre gedacht.

Inzwischen ist das Recht der Kapitalgesellschaften weit über den Stand von 1892 hinausgegangen. Zwar zeigt sich die Entwicklung nur bei der AG, ist aber in ihrer Bedeutung keineswegs auf sie beschränkt. Zur Frage des unmittelbaren Zugriffs der Gesellschaftsgläubiger auf die Aktionäre zeichnet sich m.E. ganz deutlich eine neue Tendenz ab. Einen ersten Schritt in dieser Richtung bedeutet § 217 HGB. Obwohl die herrschende Meinung den Gesellschaftsgläubigern schon damals erlaubte, den Erstattungsanspruch der AG auf Grund verbotener Zahlungen aus eigenem Recht geltend zu machen, wird dieser Grundsatz für die AG hier erstmals ausdrücklich niedergelegt. Die Aktienrechtsreform im Jahre 1937 setzt diese Entwicklung fort. Zum einen wird die Regelung des § 217 HGB praktisch unverändert als § 56 in das neue Gesetz übernommen. Zum anderen wird noch ein zweiter derartiger Tatbestand geschaffen. Nach § 101 Abs. 4 AktG (1937) besteht

die Ersatzpflicht wegen unberechtigter Einflußnahme auf die AG auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Die gleiche Linie verfolgt das Aktiengesetz vom 6.9.1965. Es begnügt sich nicht damit, die persönliche Haftung im bisher bekannten Umfang beizubehalten (§§ 62 Abs. 2und 117 Abs. 5), sondern bringt eine ganze Reihe weiterer Fälle dieser Art. Das als neues Drittes Buch eingefügte Recht der verbundenen Unternehmen enthält in §§ 309, 310, 317 und 318 vier spezielle deliktische Tatbestände. Der aus ihrer Verwirklichung resultierende Ersatzanspruch der AG steht subsidiär auch ihren Gläubigern zu.

Diese Entwicklung zeigt m.E., daß die Vorstellung des Gesetzes insgesamt heute dahin geht, den Gesellschaftsgläubigern ein unmittelbares, wenn auch subsidiäres, Recht auf Geltendmachung der in der "Person" der Kapitalgesellschaften entstandenen Ersatzansprüche einzuräumen.

Legt man der Betrachtung der Vorschriften des GmbHG über die Haftung wegen gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung diesen Maßstab zugrunde, so ergibt sich deren Lückenhaftigkeit ohne weitere Schwierigkeiten. Die Tatsache, daß § 31 GmbHG nach den Vorstellungen des damaligen Gesetzgebers die Belange der Gesellschaftsgläubiger ausreichend berücksichtigt, ändert nichts an diesem Ergebnis; sie ist nur für die Typisierung der Lücke von Bedeutung. Da der unmittelbare Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf Ersatzansprüche der Gesellschaft erst nach den Reformen des Aktienrechts von 1937 und 1965 als allgemeines Prinzip hervortritt, kann das Fehlen einer derartigen Möglichkeit im Rahmen des § 31 GmbHG nicht als ursprüngliche, sondern nur als nachträgliche Lücke bewertet werden.

Die Ausfüllung der Lücke erfolgt durch entsprechende Anwendung des § 62 Abs. 2 AktG. Die Analogie ist aber auf den Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG beschränkt. Nur hier handelt es sich um einen echten Ersatzanspruch, der auf Rückgewähr der zu Unrecht empfangenen Leistung geht, während § 31 Abs. 3 GmbHG eine Haftung "für den zu erstattenden Betrag" normiert. Zusammen mit der persönlichen Haftung muß auch die sekundäre Bestimmung des § 62 Abs. 2 S. 2 AktG übernommen werden. Während eines Konkursverfahrens übt daher auch bei der GmbH der Konkursverwalter das Recht der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter aus.

D. Folgerungen für die Strohmannsachverhalte

Parallel zum ersten Teil dieses Abschnitts gilt es nunmehr auch hier, die gewonnenen Erkenntnisse in bezug auf den Hintermann auszuwerten.

Was zunächst die Haftung infolge unlauterer Einflußnahme auf die Gesellschaft anbelangt, ist die Situation denkbar unkompliziert. Wie die Auslegung des § 117 Abs. 1 S. 1 AktG ergab, setzt die Vorschrift hinsichtlich des "Täterkreises" keine mitgliedschaftlichen Bindungen voraus, so daß die Gläubiger - sollte die Gesellschaft zur Leistung außer Stand sein - zwecks Deckung ihrer Forderungen bei allen zwei Formen der Strohmanngründung auch den Hintermann in Anspruch nehmen können, wenn er unter Mißbrauch seiner Beziehungen zur Gesellschaft ein Handeln zu deren Nachteil veranlaßt hat. Ob der Hintermann ausschließlich über Strohmänner oder - wie bei der partiellen Strohmanngesellschaft - zusätzlich im eigenen Namen beteiligt ist, spielt also im Rahmen der deliktischen Haftung des § 117 AktG keine Rolle. Da der Begriff der

Gesellschaft i.S. des § 117 AktG nach der hier vertretenen Auffassung lediglich die Übereinkunft der späteren Gründer erfordert, ein gemeinschaftliches unternehmerisches Ziel in Form einer AG bzw. GmbH zu verwirklichen, ist unter der Vielzahl möglicher Tatbestände, die eventuell die Haftung auszulösen vermögen, insbesondere der Fall von Bedeutung, daß der Hintermann kraft seines internen Weisungsrechts dem einen Strohmann oder beiden gegenüber ein Gesellschaftskapital durchsetzt, dessen Unzulänglichkeit in Hinblick auf den Unternehmensgegenstand er zumindest in Kauf genommen hat.

Bei der Haftung wegen gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung liegen die Dinge nicht so einfach. Keine Probleme wirft die Einbeziehung des Hintermanns auf, sofern er sich neben dem Strohmann unmittelbar selbst an der Gesellschaft beteiligt und in seiner Eigenschaft als Gesellschafter Rückzahlungen i.S. des § 30 Abs. 1 GmbHG entgegennimmt. Unter diesen Voraussetzungen steht der Gesellschaft ohne jeden Zweifel ein Erstattungsanspruch gegen den Hintermann zu, den auf Grund analoger Anwendung des § 62 Abs. 2 AktG subsidiär auch die Gesellschaftsgläubiger geltend machen können. Problematisch ist jedoch, ob die Gläubiger auch bei der ausschließlichen Strohmanngesellschaft befugt sind, hilfsweise direkt auf den Hintermann zurückzugreifen. Diese Frage kann erst entschieden werden, wenn der personelle Umfang der Haftung nach § 31 Abs. 1 GmbHG geklärt ist. Da es insoweit primär um das Innenverhältnis der Gesellschaft geht, wird wegen dieses Punktes auf den dritten Abschnitt der Arbeit verwiesen.[67]

---

67) Vgl. unten S. 217.

DRITTER ABSCHNITT

HAFTUNG DES HINTERMANNS GEGENÜBER DER GMBH

Vorbemerkung

Der dritte und letzte Abschnitt der Arbeit ist der Stellung des Hintermanns im Verhältnis zur Gesellschaft gewidmet. Der Gang der Untersuchung entspricht im wesentlichen dem des zweiten Abschnitts. Die nunmehr in Angriff genommene Untersuchung besteht gleichfalls aus zwei Kapitel, wobei - parallel zum vorigen Abschnitt - das erste die Grundzüge der gesetzlichen Regelung nebst den bisher vertretenen Ansichten zum Gegenstand hat und das zweite die kritische Stellungnahme sowie den Versuch einer eigenen Lösung enthält. Zugunsten eines Vorschlags, dessen Entwicklung mit den Erkenntnissen der Methodenlehre übereinstimmt, verzichtet die Arbeit wiederum darauf, Kritik und eigene Lösung streng gegeneinander abzusetzen, sondern bemüht sich - ebenso wie im vorangegangenen Abschnitt - zunächst eine gesicherte Grundlage für die Beurteilung der Problematik zu schaffen, um sodann von hier aus den eigenen Weg einzuschlagen. Da der erste Schritt über die Basis für eine eventuelle neue Lösung hinaus zugleich auch

die Voraussetzung für eine fundierte Kritik darstellt, bestehen keine Schwierigkeiten, auf dem Weg zu einer eigenen Lösung entsprechend dem jeweiligen Sachzusammenhang den vorliegenden Ansätzen und Auffassungen gebührend Rechnung zu tragen.

ERSTES KAPITEL

DAS INNENVERHÄLTNIS DER GMBH

A. Grundzüge der gesetzlichen Regelung

I. Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage

Abgesehen von den Besonderheiten im Rahmen der deliktischen Haftung des § 117 AktG, entsteht die GmbH der hier vertretenen Meinung zufolge mit Abschluß des gerichtlich oder notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages. Die Bedeutung des Gesellschaftsvertrages erschöpft sich aber nicht in dieser konstitutiven Wirkung, vielmehr stellt er darüberhinaus die Grundlage der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen im Innenverhältnis dar. Ihrer Natur nach sind die auf "der Mitwirkung an der Gründung durch Teilnahme am Abschluß des Gesellschaftsvertrages"[1] bestehenden Pflichten sehr verschieden. Während die Übernahme der Stammeinlage zwingend vorgeschrieben ist, können zusätzlich wahlweise oder nebeneinander Nachschüsse und Sonderleistungen vereinbart werden.

1. Stammeinlageverpflichtung

Die Stammeinlage wird im Gesetz selbst definiert. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG handelt es sich um den Betrag, der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage. Sofern der Hinter-

---

1) Wolany, aaO., S. 5.

mann, wie bei der partiellen Strohmanngesellschaft, selbst Gesellschafter ist, wirft seine Haftung für das "Eintrittsgeld"[2] in die Gesellschaft keine besonderen Probleme auf. Bei der ausschließlichen Strohmann-GmbH liegen die Dinge anders. Mangels Mitgliedschaft haftet der Hintermann hier der Gesellschaft nicht unmittelbar auf Erfüllung der in seinem Interesse übernommenen Stammeinlageverpflichtung. Trotzdem kann ihn die Gesellschaft auf dem Umweg über seine interne Bindung zum Strohmann - sozusagen mittelbar - zur Leistung heranziehen. Da die Mitwirkung an der Gründung durch Teilnahme am Abschluß des Gesellschaftsvertrages unumgänglich die Haftung für den zugesagten Kapitalbetrag zur Folge hat, stellt sich die Verpflichtung des Strohmanns gegenüber der GmbH im Verhältnis zwischen Strohmann und Hintermann als Aufwendung dar, so daß - vorausgesetzt der Hintermann entschließt sich nicht zur Sicherheitsleistung - dem Strohmann bei Fälligkeit der Einlage ein Anspruch auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit i. S. des § 257 BGB erwächst. Um seiner Beitragspflicht nachzukommen, ist der Strohmann nicht gehindert, den Anspruch an die Gesellschaft abzutreten. Daneben kann die GmbH aber auch nach §§ 828, 851 ZPO in diesen Anspruch vollstrecken.

Das gleiche gilt bezüglich der Ausfallhaftung nach § 21 Abs. 3 GmbHG sowie der Kollektivhaftung des § 24 GmbHG. Beteiligt sich der Hintermann nicht lediglich durch den Strohmann, sondern erwirbt er darüberhinaus einen eigenen Geschäftsanteil, so steht es der Gesellschaft frei, im Zuge eines eventuellen Kaduzierungsverfahrens direkt an ihn heranzutreten. Im anderen Fall verbleibt nach dem Wortlaut der genannten Vorschriften einmal mehr

---

2) Wolany, aaO., S. 1.

nur die Möglichkeit, aus der Rechtsstellung des Strohmanns, d.h. aus fremdem Recht, gegen den Hintermann vorzugehen. Sowohl die Haftung für die eigene Stammeinlage trotz Beendigung der Mitgliedschaft als auch die Einstandspflicht für die von den Mitgesellschaftern auf das Stammkapital geschuldeten Beiträge folgt zwingend aus der Teilnahme am Abschluß des Gesellschaftsvertrages, so daß bei einer Inanspruchnahme des Strohmanns wiederum der Tatbestand des § 257 BGB erfüllt ist.

Der jeweilige Befreiungsanspruch ist jedoch nicht identisch mit der zugrundeliegenden Forderung der Gesellschaft auf Einzahlung der Stammeinlagen, ferner richtet er sich auch nach Übergang auf die Gesellschaft nicht gegen einen Gesellschafter, so daß die Sicherungsvorschrift des § 19 Abs. 2 GmbHG wenigstens vom Text des Gesetzes her versagt. Als Schranke für Vereinbarungen, die diesen Anspruch betreffen und zwischen Strohmann und Hintermann bzw. nach Übergang des Anspruchs auf die Gesellschaft zwischen ihr und dem Hintermann vorgenommen werden, kommt prima facie somit nur § 138 Abs. 1 BGB in Betracht.[3)]

---

3) Erhebliche Bedeutung gewinnt in diesem Zusammenhang der bei der GmbH im Gegensatz zur AG ganz allgemein anerkannte besondere Treuegedanke. (Vgl. hierzu z.B. Baumbach-Hueck GmbHG, Anm. 28 Üb vor § 13 und Wolany, aaO., S. 103 ff, jeweils mit weiteren Nachweisen.) Der Strohmann verletzt die ihm gegenüber der GmbH sowie den Mitgesellschaftern obliegende Treupflicht, sich bei der Ausübung seiner aus dem Geschäftsanteil resultierenden Rechte und Pflichten "auch" als Mitglied des Verbandes zu fühlen, wenn er dem Hintermann den Befreiungsanspruch erläßt, die Einlage aber nicht aus eigenen Mitteln erbringen kann. Die Gesellschaft verliert so eine Möglichkeit, das Stammkapital zu realisieren. Der Verzicht geht jedoch auch zu Lasten der Mitgesellschafter, die eventuell über § 24 GmbHG auf den Ausfall in Anspruch genommen werden. Sind dem Hintermann diese Konsequenzen bewußt, so nützt er die Vertragsbrüchigkei des Strohmanns aus und handelt sittenwidrig. Entsprechendes gilt, falls die Gesellschaft nach Übergang des Befreiungsanspruchs auf sie, den Hintermann aus der Haftung entläßt und damit den Ausfall auf den Mitgesellschafter des Strohmanns abwälzt, weil das Treueverhältnis keine einseitige Bindung darstellt, sondern auch die GmbH verpflichtet, in gewissem Umfang die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen.

2. Fakultative Verpflichtungen

a) Nachschußpflicht

Unter Nachschüssen sind mit § 26 Abs. 1 GmbHG Einzahlungen über den Betrag der Stammeinlagen hinaus zu verstehen. Während die Stammeinlageverpflichtung unmittelbar und zwingend aus der Mitwirkung an der Gründung durch Teilnahme am Abschluß des Gesellschaftsvertrages folgt, handelt es sich hier indessen - wie bereits erwähnt - um eine Verbindlichkeit, deren Begründung den Gesellschaftern freisteht. Je nachdem, ob diese zusätzliche Leistung - sie ebnet den Weg, einem erhöhten Bedarf an Gesellschaftsmitteln ohne Kapitalerhöhung Rechnung zu tragen - einen bestimmten, nach Verhältnis der Geschäftsanteile festgesetzten Betrag zum Gegenstand hat oder nicht, unterscheidet das Gesetz zwischen beschränkter oder unbeschränkter Nachschußpflicht, wobei im letzteren Fall wiederum zwei Varianten zur Verfügung stehen. Einmal kann die Höhe der über die Stammeinlagen hinaus zu erbringenden Zahlungen gänzlich offen bleiben und zum anderen kann - trotz prinzipiell unbeschränkter Nachschußpflicht - im Gesellschaftsvertrag zunächst ein gewisses Limit verankert werden (§ 28 Abs. 1 bis 3 bzw. Abs. 4 GmbHG).

Erwirbt der Hintermann neben der mittelbaren Beteiligung über den Strohmann einen eigenen Geschäftsanteil, so sind damit keine spezifischen Schwierigkeiten verbunden. Erfüllt er im Falle beschränkter sowie unbeschränkter Nachschüsse und Einforderungen unterhalb des Begrenzungsbetrages seine Verpflichtungen nicht oder nicht in vollem Umfang, so gelten - abgesehen von § 24 GmbHG - die gleichen Vorschriften wie für die Stammeinlage (§ 28 Abs. 1 GmbHG), was bedeutet, daß der säumige Hintermann selbst

durch seinen Ausschluß im Zuge des Kaduzierungsverfahrens nicht von der Haftung freizuwerden vermag. Falls die Nachschußpflicht von vornherein keinen Beschränkungen unterliegt, oder der aufgerufene Betrag die im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Marke übersteigt, kann er sich dagegen der weiteren Inanspruchnahme durch Preisgabe seines Geschäftsanteils entziehen. Was die ausschließliche Strohmann-GmbH betrifft, so besteht wegen eventueller Nachschußforderungen dem Wortlaut der genannten Vorschriften zufolge - ebenso wie hinsichtlich der Stammeinlagen - nur die Möglichkeit eines mittelbaren Zugriffs auf das Vermögen des Hintermanns. Da es sich bei der Nachschußpflicht um eine Verbindlichkeit handelt, die - anders als die Stammeinlage - keineswegs zwingend mit der Mitgliedschaft verbunden ist, wäre es denkbar, daß die entsprechenden Vereinbarungen ohne Zustimmung des Hintermanns in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden und sich deshalb die Haftung des Strohmanns gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis nicht als Aufwendung darstellt. Berücksichtigt man aber, daß der Hintermann auf Grund seines Weisungsrechts ohne weiteres in der Lage ist, den Vertragstext verbindlich festzulegen und auf seiten der beiden Strohmänner jeder Anlaß für eigenmächtige Entschlüsse fehlt, so dürfte dieser Fallgestaltung wohl nur theoretische Bedeutung zukommen.

Soweit das Kaduzierungsverfahren eingreift, d.h. bei beschränkter Nachschußpflicht und unbeschränkter Nachschußpflicht mit Einforderungen unterhalb der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Marke, tritt neben den Befreiungsanspruch wegen der eingeforderten Nachschüsse als solcher eventuell noch ein weiterer Befreiungsanspruch, wenn die Gesellschaft den säumigen Strohmann ausschließt, sich aber wegen eines Ausfalls erneut nach § 21 Abs. 3 GmbHG an ihn wendet. Übersteigt bei unbeschränkter Nachschuß-

pflicht die Einforderung die vorgesehene Spanne oder ist eine solche im Gesellschaftsvertrag nicht enthalten, so erwächst dem Strohmann zunächst ein Befreiungsanspruch in voller Höhe des eingeforderten Betrages. Stellt er den Geschäftsanteil zur Verfügung, so erlischt die Nachschußpflicht gegenüber der Gesellschaft und damit auch der Anspruch auf Befreiung gegen den Hintermann. Das gleiche gilt für die partielle Strohmann-GmbH, wenn der Strohmann seine im Interesse des Hintermanns übernommenen Nachschußverpflichtungen gegenüber der Gesellschaft nicht ordnungsgemäß einhält.

Als Grenze für Vereinbarungen über den Befreiungsanspruch ist - wie schon bei der Stammeinlageverpflichtung ausgeführt - § 138 Abs. 1 BGB zu beachten.

b) Nebenleistungs- oder Sonderpflichten

Die zweite Gruppe fakultativer Leistungen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage bilden die sogenannten Nebenleistungs- oder Sonderpflichten. Wie das Gesetz in § 3 Abs. 2 GmbHG durch die Formulierung "... außer ... Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen ..." zum Ausdruck bringt, kann die Struktur der GmbH als Kapitalgesellschaft über eventuelle Nachschüsse hinaus durch Vereinbarung praktisch beliebiger zusätzlicher Verbindlichkeiten weitgehend aufgelockert und mehr oder weniger stark den Personengesellschaften angenähert werden. Da die Leistungspflicht ebenso wie bei Stammeinlagen und Nachschüssen - wenn auch parallel zu den letzteren nicht zwingend - mit der Mitgliedschaft verbunden ist, bereitet bei der partiellen Strohmanngesellschaft die Einbeziehung des Hintermanns wederum keine Schwierigkeiten. Werden die auf seinen Geschäftsanteil entfallenden Sonderbelastungen nicht

ordnungsgemäß erfüllt, so kann die GmbH - ein gesellschaftsrechtliches Erzwingungsverfahren eigener Art ist nicht vorgesehen - unmittelbar klageweise gegen ihn vorgehen. Bei der ausschließlichen Strohmanngesellschaft bleibt auch hier nur die Möglichkeit, den Hintermann auf dem Wege über das Innenverhältnis haftbar zu machen. Das gleiche gilt, sofern im Falle einer partiellen Strohmanngesellschaft der Strohmann den mit seinem Geschäftsanteil verknüpften Nebenleistungspflichten nicht in gehöriger Form nachkommt.

II. Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung

Nach § 30 Abs. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Die Vorschrift erfaßt das Gesellschaftsvermögen nicht gegenständlich, d.h. nach seiner Zusammensetzung etwa aus Stammeinlagen oder Nachschüssen, sondern als reine Bilanzziffer. Der Betrag des im Gesellschaftsvertrag festgelegten Stammkapitals erscheint auf der Passivseite der Bilanz (§ 42 Ziffer 4 GmbHG). Entsprechendes Gesellschaftsvermögen ist vorhanden, wenn sich bei ordnungsgemäßer Bilanzierung reine Werte gleichen Nennbetrages auf der Aktivseite finden. Da die Vermögenslage der Gesellschaft durch einen Vergleich zwischen Soll und Haben zu ermitteln ist und eingezahlte Nachschüsse ebenso wie das Stammkapital auf der Passivseite der Bilanz verbucht werden (§ 42 Ziffer 3 GmbHG), ergibt sich ohne weiteres, daß § 30 Abs. 2 S. 1 GmbHG lediglich der Klarstellung dient. Wenn das Stammkapital bei richtiger Bilanzierung nicht mehr durch die Aktiva gedeckt wird, so könnte eine Rückzahlung von Nachschüssen immer nur aus dem zur

Deckung des Stammkapitals notwendigen Vermögen stattfinden. Eigenständige Bedeutung hat dagegen § 30 Abs. 2 S. 3 GmbHG: Soweit zu ihrer Erzwingung das Kaduzierungsverfahren anwendbar ist, kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß die Einforderung von Nachschüssen schon vor vollständiger Einforderung der Stammeinlagen zulässig ist (§ 28 Abs. 2 GmbHG). Haben die Gesellschafter eine derartige Vereinbarung getroffen, wäre es denkbar, daß die Gesellschaft so erfolgreich wirtschaftet, daß ihr Vermögen den Betrag des Stammkapitals, als das im Gesellschaftsvertrag angegebene Sollvermögen, übersteigt. Den überschießenden Betrag könnte sie daher ohne Verminderung der zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Aktiva wenigstens zur teilweisen Rückzahlung von Nachschüssen verwenden. Gerade diese Möglichkeit schließt § 30 Abs. 2 S. 3 GmbHG aus.[4] Das Rückzahlungsverbot betrifft nicht nur Geldleistungen, sondern jedes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich zu einer Minderung des der Stammkapitalziffer entsprechenden Gesellschaftsvermögens führt. Fließt der Gesellschaft eine vollwertige Gegenleistung zu, so greift die Regelung nicht ein.

Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 GmbHG zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden (§ 31 Abs. 1 GmbHG), wobei der Umfang der Rückgewährpflicht ganz erheblich von den konkurrierenden allgemeinen Vorschriften der §§ 812 ff BGB abweicht. Die Haftung ist insoweit verschärft als ihr auch bei Gutgläubigkeit des Empfängers nicht der Wegfall der Bereicherung entgegengehalten werden

---

4) Die Regelung trägt der Tatsache Rechnung, daß die Vermögensverhältnisse der Gesellschafter nicht ein für allemal festliegen und die Stammeinlage - vom GmbHG als die Hauptverpflichtung der Gesellschafter angesehen - zu einem späteren Zeitpunkt vielleicht nicht mehr realisiert werden kann.

kann, wenn der Fehlbetrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger benötigt wird. Andererseits hat es jedoch selbst bei "böslicher Handlungsweise" mit der Erstattung des zu Unrecht erlangten Vorteils sein Bewenden.

Parallel zu § 24 GmbHG gilt gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG auch im Bereich der Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung das Prinzip kollektiver Einstandspflicht. Die jeweilige Haftung der Mitgesellschafter deckt sich aber nicht in vollem Umfang. Übereinstimmung besteht insofern, als die Rückgriffsmöglichkeit eine Art Ausfallbürgschaft darstellt, d.h. nur subsidiär eingreift und als eine unumgängliche und unverzichtbare (§ 30 Abs. 4 GmbHG) Belastung auf allen Geschäftsanteilen ruht. Während die Gemeinhaftung wegen rückständiger Stammeinlagen jedoch unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der GmbH zum Zuge kommt, setzt § 31 Abs. 3 GmbHG voraus, daß der Fehlbetrag ganz oder teilweise zur Erfüllung von Gesellschaftsverbindlichkeiten erforderlich ist.

Erwirbt der Hintermann keinen eigenen Geschäftsanteil, wird er dem blanken Wortlaut nach weder durch das Verbot des § 30 GmbHG noch von der durch den Verstoß ausgelösten Erstattungspflicht bzw. Kollektivhaftung betroffen. Bezogen auf die hier in Rede stehenden beiden Typen von Strohmanngesellschaften besagt dies, daß bei der ausschließlichen Strohmann-GmbH der Hintermann direkt allenfalls gemäß §§ 812 ff BGB auf Rückgewähr ihm unmittelbar zugeflossener Zahlungen in Anspruch genommen werden kann. Ob die Zahlung eine passive Bilanz zur Folge hat, ist dabei aber ohne Belang, so daß der spezielle Schutz der §§ 30, 31 GmbHG prima facie einer finanziellen Aushöhlung der GmbH durch den Hintermann nicht entgegensteht. Da § 30 GmbHG nicht einmal im Verhält-

niszwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern ein Verbot i.S. des § 134 BGB darstellt, ferner eine unentgeltliche Leistung keineswegs mit einer rechtsgrundlosen Leistung i.S. des BGB gleichgesetzt werden darf und der Hintermann schließlich auf Grund der Weisungsbefugnis gegenüber den Strohmännern ohne weiteres durchzusetzen vermag, daß Zuwendungen an seine Person in Form mehr oder weniger kulanter Verkehrsgeschäfte erfolgen, wird eine Haftung nach den allgemeinen Vorschriften zudem wohl in aller Regel ausscheiden.

Anders verhält es sich bei Zahlungen i.S. des § 30 GmbHG an den Strohmann. Verbucht er die zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögenswerte zu seinen eigenen Gunsten, kann sich die Gesellschaft primär natürlich nur an ihn halten. Führt der Strohmann jedoch die von ihm in Empfang genommene Leistung auf Grund des Innenverhältnisses an den Hintermann ab, so stellt sich seine Haftung als Aufwendung dar. Über den Befreiungsanspruch kann die Gesellschaft damit auch den Hintermann zur Auffüllung des Gesellschaftsvermögens heranziehen. Das gleiche gilt, wenn die GmbH zunächst gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG den zweiten Strohmann und zugleich Mitgesellschafter des Empfängers in Anspruch nimmt. Seine Haftung gegenüber der juristischen Person erfüllt im Verhältnis zum Hintermann wiederum den Begriff der Aufwendung, da sie - wie oben ausgeführt - unabdingbar mit der Gründererklärung verbunden ist.

Bei der partiellen Strohmann-GmbH gestaltet sich die Ausgangslage nach dem Gesetz wesentlich einfacher.

Empfängt der Hintermann in seiner Eigenschaft als Gesellschafter entgegen § 30 GmbHG selbst Zahlungen, so erfaßt ihn die Erstattungspflicht unmittelbar. Für Leistungen, die dem Rückzahlungsverbot zuwider

zunächst an den Strohmann bewirkt werden und von diesem in Erfüllung der ihm aus dem Innenverhältnis obliegenden Herausgabepflicht an den Hintermann weitergeleitet werden, ist die Rechtslage die gleiche wie bei der ausschließlichen Strohmannsgründung.

Als Gesellschafter steht der Hintermann auch unmittelbar in der Kollektivhaftung des § 31 Abs. 3 GmbHG. Ist die Erstattung vom Strohmann - gleichgültig, ob er die Zahlung für sich verbucht oder an den Hintermann weitergereicht hat - nicht zu erlangen, so kann die Gesellschaft direkt auf ihn zurückgreifen. Die GmbH ist also bei Leistungen, die dem Hintermann durch die Hand des Strohmanns zufließen, nicht lediglich auf den Befreiungsanspruch angewiesen.

Was die Sicherung der aus dem Verstoß gegen das Rückzahlungsverbot resultierenden Forderungen anbelangt, so wird der Hintermann der ausschließlichen Strohmann-GmbH aus den gleichen Gründen wie beim funktionell übereinstimmenden § 19 Abs. 2 GmbHG von der Vorschrift des § 31 Abs. 4 GmbHG nicht erfaßt. Dem Wortlaut des Gesetzes zufolge ist deshalb für die Wirksamkeit einer eventuellen Entlassung des Hintermanns aus seiner mittelbaren Haftung - sei es, daß dies von seiten des Strohmanns oder nach Übergang des Befreiungsanspruchs auf sie durch die Gesellschaft geschieht - ausschließlich das allgemeine Zivilrecht maßgebend.

III. Deliktische Haftung

1. Haftung der Anmelder

Die GmbH ist durch sämtliche Geschäftsführer bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§§ 7 Abs. 1, 78 GmbHG). Dabei ist u.a. die Versicherung abzugeben, daß die in § 7 Abs. 2 GmbHG

bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind (§ 8 Abs. 2 GmbHG). Für die Richtigkeit der Angaben haften die Anmeldenden der Gesellschaft solidarisch (§ 9 Abs. 1 GmbHG).[5]

Rechtsnatur und Umfang dieser Haftung sind umstritten. Die wohl herrschende Meinung sieht die Anmelder ohne Rücksicht auf Verschulden als Garanten für die Aufbringung der in § 7 Abs. 2 GmbHG genannten Beträge an und begrenzt die Haftung auf die Auffüllung des Fehlenden.[6] Zur Begründung wird angeführt, daß der im Gesetzentwurf von 1892 in Anlehnung an die aktienrechtliche Regelung als § 9 Abs. 2 vorgesehene Entlastungsbeweis durch eine Reichstagskommission gestrichen wurde. Der Bericht der Kommission[7] läßt jedoch erkennen, daß auch die Kommission den Rechtsgrund der Haftung in einem Verschulden sieht. Lediglich der Entlastungsbeweis erschien überflüssig, weil man sich nicht vorstellen konnte, wie es bei Anwendung gehöriger Sorgfalt zu unrichtigen Angaben kommen könne. Die herrschende Meinung über die Rechtsnatur der Haftung ist m.E. daher abzulehnen; es handelt sich um einen Fall von Verschuldenshaftung.[8]

Was den Umfang der Haftung betrifft, so ist der herrschenden Meinung zuzustimmen. Nach der amtlichen Begründung zu § 9 des Entwurfs[9] geht die Ersatz-

---

5) Obwohl die Arbeit ganz bewußt auf eine Darstellung der Haftungsverhältnisse zwischen dem bzw. den Geschäftsführern und der Gesellschaft verzichtet, weil der Hintermann nach der eingangs entwickelten Definition primär nicht in diesen Bereich eingreift, sondern die GmbH über die Beziehungen zum Strohmann in seiner Eigenschaft als Gesellschafter beeinflußt, empfiehlt sich hier mit Rücksicht auf die weitere Erörterung eine Ausnahme.

6) So Schilling in Hachenburg, Anm. 2 und 4 zu § 9; Brodmann, Anm. 2 a zu § 9; Scholz, Anm. 2 und 3 zu § 9.

7) Zitiert bei Schilling in Hachenburg, Anm. 4 zu § 9.

8) Ebenso Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 1 B zu § 9 mit weiteren Nachweisen.

9) A.a.O., S. 3736 r. Sp.

pflicht "auf Deckung des Ausfalls, welchen die Gesellschaft an ihrem Stammkapital erleidet."[10]

Vergleichs- und Verzichtsvereinbarungen über den Ersatzanspruch sind nur wirksam, soweit die Gesellschaftsgläubiger nicht beeinträchtigt werden. Dies gilt nicht für einen Vergleich, den der Ersatzpflichtige zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern abschließt.

Da der Hintermann zwar auf Grund seiner internen Weisungsbefugnis die Zentralfigur der Strohmann-GmbH darstellt, sich aber - abgesehen von Sonderfällen - nicht an der Geschäftsführung beteiligt, scheidet eine unmittelbare Haftung gemäß § 9 GmbHG regelmäßig aus. Während eine direkte Inanspruchnahme aber immerhin denkbar ist - so etwa unter den Voraussetzungen des § 830 Abs. 2 BGB - schließt die Rechtsnatur der Haftung einen mittelbaren Zugriff auf den Hintermann über den Weg des § 257 BGB generell aus. Selbst wenn der Strohmann also die Geschäftsführung im Auftrag des Hintermanns übernommen hat und auf seine Veranlassung hin unrichtige Angaben macht, ist der Hintermann intern nicht zur Freistellung verpflichtet, da Verbindlichkeiten, die durch einen Verstoß gegen die Rechtsordnung ausgelöst werden, nicht zu den Aufwendungen i.S. des BGB gehören.[11]

---

10) Anders insoweit Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 1 D zu § 9, die entsprechend der aktienrechtlichen Regelung in § 46 Abs. 1 S. 3 AktG die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausschließen.

11) Vgl. z.B. Palandt-Gramm, Anm. 2 zu § 670 BGB.

2. Haftung nach § 826 BGB

Neben dem speziellen Haftungstatbestand des § 9 GmbHG steht die allgemeine deliktische Haftung nach § 826 BGB, die vom Täterkreis her geschen keinenBeschränkungen unterliegt und folglich auch den Hintermann erfaßt.

B. Darstellung des Streitstandes

I. Rechtsprechung

Mit Urteil vom 14.12.1959[12] hat der zweite Zivilsenat des BGH zu den hier aufgeworfenen Problemen Stellung genommen:

Beteiligt sich der Hintermann nicht selbst an der Gründung, so wird dadurch nach Ansicht des BGH die Aufbringung und Sicherung des Stammkapitals in drei Fällen gefährdet:

Erstens entfällt der mittelbare Zugriff auf den Hintermann, wenn ihm der Strohmann den Anspruch auf Befreiung von der Einlageverpflichtung erläßt.

Zweitens versagt die Sicherung nach § 24 GmbHG, wenn der Strohmann mittellos ist.

Drittens ist der Schutz ungenügend, wenn der Hintermann unmittelbar selbst Zuwendungen aus dem Gesellschaftsvermögen erhält, durch die das Gesellschaftsvermögen unter den Betrag des Stammakpitals herabsinkt.

Die allgemeinen Vorschriften lassen hier nach BGH nicht immer angemessene Lösungen zu und sind daher nicht ausreichend, "um eine GmbH ... und die Gläubiger dieser Gesellschaft den Vorschriften des GmbHG

---

12) BGHZ 31, 258 = JZ 60, 539 f. Abgesehen von den Urteilen der Vorinstanzen liegen - soweit ersichtlich - keine anderen einschlägigen Entscheidungen vor.

entsprechend zu schützen."[13] Um diese - wie er meint - "untragbaren Folgen"[14] zu verhindern, greift der BGH auf die zentrale Bedeutung der §§ 19 Abs. 2, 24, 30 und 31 GmbHG zurück. Ihr Zweck rechtfertigt es für ihn, den Hintermann "der Gesellschaft gegenüber vermögensrechtlich wie einen Gesellschafter" zu behandeln und ihn "insoweit passiv einem Gesellschafter" gleichzustellen.[15]

Zum gleichen Ergebnis - so meint der BGH - führt auch der Gedanke der Vorteilsausnützung: Wer "sich der Vorteile der gesetzlichen Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch Gründung einer GmbH bedient, (muß) sich auch so behandeln lassen, als ob er Gesellschafter wäre und die Pflichten eines Gesellschafters zu erfüllen hätte."[16]

Als Hauptargument zieht der BGH eine Prallele zum Aktienrecht. Sein Ausgangspunkt ist § 39 Abs. 5 des AktG von 1937, der wörtlich als § 46 Abs. 5 in das neue AktG vom 6.9.1965 übernommen wurde. Diese Vorschrift zielt - laut BGH - darauf ab, der Verwendung von Strohmännern zur Gründung von Aktiengesellschaften zu begegnen und legt deshalb "Personen, für deren Rechnung gegründet wird, dieselbe Verantwortung wie den Gründern auf."[17] Obwohl das GmbHG eine derartige Haftung der Gründer nicht vorsehe, sondern für ungedeckte Einlagen der Gesellschafter die Gemeinhaftung anordne, müsse doch berücksichtigt werden, "daß das AktG die Auftraggeber von Gründern in gleicher Weise wie die Gründer selbst zur Haftung heranzieht."[18] Da die Rechts-

---

13) JZ 60, 540 l.Sp.
14) AaO.
15) AaO., S. 540 r.Sp.
16) AaO.
17) AaO.
18) AaO.

figur des Strohmanns im Bereich des GmbH-Rechts ebenso unerwünscht sei, müsse der Grundgedanke der aktienrechtlichen Regelung - Strohmann gleich Hintermann - übernommen werden. "Das führt dazu " - so schreibt der BGH -, "daß derjenige der zur Gründung der GmbH einen Mittelsmann benützt, bei dessen Zahlungsunfähigkeit für die Einlage und, falls eine andere Stammeinlage weder von dem Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf seines Geschäftsanteils gedeckt werden kann, auch für den Ausfall an dieser Stammeinlage aufzukommen hat (§ 25 GmbHG). Dies rechtfertigt es, auf den Auftraggeber eines GmbH-Gründers auch die §§ 30, 31, 19 Abs. 2 GmbHG anzuwenden, wenn deren Voraussetzungen außer der Gesellschaftereigenschaft gegeben sind."[19)]

II. Literatur

1. Vorbemerkung

Wie in Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen nicht anders zu erwarten, hat die Entscheidung ein starkes Echo hervorgerufen. Von Fischer[20)] und Baumbach-Hueck[21)] abgesehen - Fischer wirkte als Mitglied des erkennenden Senats an der Urteilsfindung mit und der "Beck'sche Kurzkommentar" erwähnt die Rechtsprechung des BGH lediglich in befürwortendem Sinne -, nahm das Schrifttum jedoch - speziell was die hier interessierenden Ausführungen betrifft - durchwegs einen kritischen Standpunkt ein.[22)] Vom Inhalt sowie der Zielsetzung her

---

19) AaO.

20) LM, Nr. 4 zu GmbHG §§ 2, 5, 37, 43, Anm. 1.

21) GmbHG, Anm. 1 zu § 30 und Anm. 1 zu § 31.

22) Was die Problematik der Gesellschafterdarlehen anbelangt, wurde die Entscheidung u.a. auch begrüßt, so z.B. von Kuhn, aaO., S. 95 und Kamprad, aaO., S. 70/71. Ablehnend insbesondere Wolany, aaO., S. 66 ff.

besitzen die Beiträge allerdings sehr unterschiedliches Gewicht. Während sich der eine Teil darauf beschränkt, die herkömmlichen Argumente herauszustellen und die vom 2. Senat entwickelte Lösung hieran zu messen, stieß der andere Teil über die Analyse des Urteils zu neuen Erkenntnissen vor. Obwohl es der BGH - wie oben bereits zitiert - ganz allgemein für gerechtfertigt hält, den Hintermann der Gesellschaft gegenüber vermögensrechtlich wie einen Gesellschafter zu behandeln und ihn insoweit passiv einem Gesellschafter gleichzusetzen, die Entscheidung also keineswegs nur für einen der drei Haftungsbereiche Geltung beansprucht, widmen sich aber bis auf eine Ausnahme - soweit ersichtlich - sämtliche Vertreter der zweiten Gruppe nur der Einbeziehung des Hintermanns auf dem Gebiet der deliktischen Normen. Diese einseitige Betrachtungsweise beruht wohl darauf, daß der Senat seine Thesen im wesentlichen auf § 39 Abs. 5 des AktG von 1937 stützt, der unstreitig dem Recht der unerlaubten Handlung im weiteren Sinne angehört. Tatsächlich reicht das vom BGH angeschnittene Problem jedoch sehr viel tiefer: "Es gilt zu prüfen, welche Vorschriften des GmbHG, die nur von einem Gesellschafter sprechen, auch auf den Hintermann des Gesellschafters anwendbar sind und mit welcher Maßgabe."[23]

2. Herrschende Meinung

Die nach wie vor weit überwiegende Meinung lehnt es bisher in vollem Umfang ab, die Pflichten des GmbH-Gesellschafters auf den Hintermann auszudehnen.[24] Als ein Anhänger der herrschenden Meinung hat es Ballerstedt übernommen, ihre Argumente gegen die neuen Thesen des BGH nochmals zusammen-

---

23) Wolany, aaO., S. 49.

24) Vgl. Schilling in Hachenburg, Anm. 38 zu § 2 mit weiteren Nachweisen, auch zum Aktienrecht.

zustellen.[25]

Die Tatsache, daß das GmbHG über die Beteiligung für fremde Rechnung schweigt, kann seiner Ansicht nach "kaum als eine Lücke in den der Sicherung des Stammkapitals dienenden Regelungen"[26] betrachtet werden. Die Grundsätze über die mittelbare Stellvertretung führen laut Ballerstedt zu eindeutigen Ergebnissen und schließen die analoge Anwendung der auf die Gesellschafter zugeschnittenen Normen auf den Hintermann aus. Etwas anderes gelte nur dort, wo das Gesetz - wie in § 46 Abs. 5 AktG - selbst Abweichungen geschaffen habe. Diese Vorschrift enthält seiner Meinung nach aber keineswegs einen allgemeinen Rechtsgedanken von der Art, daß der Hintermann in jedem Fall dem Gesellschafter gleichzustellen ist. Die Gleichbehandlung gelte nur im Rahmen der deliktischen Gründerhaftung, die im GmbH-Recht keine Parallele habe. Schließlich, so meint Ballerstedt, besteht auch gar kein Bedürfnis, den Hintermann stets passiv wie einen Gesellschafter zu behandeln. Die kritischen Fälle, in denen der vermögenslose Strohmann seinem Hintermann den Befreiungsanspruch erläßt, könnten durch Gläubiger - bzw. Konkursanfechtung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 AnfG. 30 Nr. 1, 31 Nr. 1 KO) befriedigend gelöst werden. Ferner schließe der treuhänderische Charakter des Innenverhältnisses Abtretung und Aufrechnung dieses Anspruchs weitgehend aus. Zuwendungen an den Hintermann könne durch analoge Anwendung des § 117 AktG begegnet werden.

---

25) Ballerstedt, JZ 60, 513 ff.
26) AaO., S. 513 r. Sp.

3. Gegenstimmen

Wie die herrschende Meinung vertritt auch die neuere Richtung[27] den Standpunkt, daß die Gleichstellung von Strohmann und Hintermann in § 46 Abs. 5 AktG nur die in Absatz 1, 2 und 4 genau umrissenen deliktischen Tatbestände erfaßt und lehnt es deshalb ebenfalls nachdrücklich ab, diese Ausnahmebestimmung zur Begründung einer generellen haftungsrechtlichen Eingliederung des Hintermanns i. S. des BGH heranzuziehen. Obwohl sich das Schrifttum damit fast einhellig gegen die als"Einbruch in die Gesetzessystematik"[28] empfundenen Thesen des zweiten Senats wandte, wurde doch auch die herkömmliche Doktrin nicht unwidersprochen hingenommen.

a) Deliktische Haftung

Um des Zusammenhangs wegen gleich bei den deliktischen Vorschriften zu bleiben, so kommen Kuhn und Wolany zunächst unabhängig voneinander übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß die Gründerhaftung des Aktienrechts im GmbHG durchaus eine gewisse Parallele aufweist, und zwar besteht die Parallelität ihrer Auffassung nach zwischen § 46 Abs. 1 S. 1 AktG und § 9 GmbHG. Natürlich bezieht sich die

---

27) Vgl. insgesamt Kuhn, aaO., S. 96 ff und Wolany, aaO., S. 40 ff. Das Problem der Einbeziehung des Hintermanns ist für Wolany nicht allein auf die Haftung beschränkt. Für ihn verlangt die Unteilbarkeit des Gebots, "gute Sitten im Wirtschaftsleben zu wahren " (aaO., S. 61), in einer Reihe von Fällen auch eine positive Gleichstellung von Hintermann und Strohmann. Das Thema der vorliegenden Arbeit verbietet es, diesem Fragenkreis weiter nachzugehen. Der Aspekt als solcher darf jedoch nicht unerwähnt bleiben, da hier erstmals die - trotz Anerkennung der Strohmanngesellschaften - bisher durchwegs einseitig negative Bewertung des Hintermanns zugunsten einer vorurteilsfreien Auseinandersetzung mit der durch die Anerkennung geschaffenen Rechtslage zurücktritt.

28) Kuhn, aaO., S. 90.

Haftung im letzteren Falle sachlich nur auf die Richtigkeit der Angaben, die bei Anmeldung zum Handelsregister hinsichtlich der auf die Stammeinlagen bewirkten Leistungen gemacht wurden und betrifft von der Person her nicht die Gründer, sondern die Geschäftsführer. Da - so die weitere Argumentation - bei der GmbH aber der Geschäftsführer die Verpflichtungen wahrnimmt, deren Verletzung bei der AG die Haftung der Gründer gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 AktG nach sich zieht, erfüllen beide Normen die gleiche Funktion. "Wenn der Strohmann die Geschäftsführung entweder in Ausübung eines mit dem Geschäftsanteil verbundenen Sonderrechts oder im Auftrag seines Hintermanns übernommen hat," liegt deshalb - wie Wolany schreibt[29] - "Gleichwertigkeit mit einer auf fremde Rechnung vorgenommenen Gründung vor." Anders ausgedrückt kann also im Geltungsbereich des § 9 GmbHG nach Ansicht der genannten beiden Autoren der Rechtsgedanke des § 46 Abs. 5 AktG angewendet werden, wobei der "formale Umstand",[30] daß der Strohmann in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer handelt, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Mithaftung des Hintermanns nicht ausschließt.

Die Tatsache, daß das GmbHG mit Ausnahme des § 9 keine Haftung für Unregelmäßigkeiten beim Gründungshergang vorsieht, steht ferner nach Ansicht Wolanys einer entsprechenden Anwendung der über diesen speziellen Bereich hinausgehenden aktienrechtlichen Bestimmungen nicht im Wege. Für ihn besteht der Zweck des § 46 AktG nicht allein darin, die Aufbringung der Kapitalgrundlage zu sichern, sondern ebenso in der Gewährleistung

---

29) AaO., S. 54.
30) Wolany, aaO., S. 54.

guter Sitten. So verstanden stellen die einzelnen Tatbestände des § 46 AktG "eine Erweiterung des allgemeinen Deliktrechts (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB) in Anpassung an die besonderen Verhältnisse bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft dar."[31] Da die von § 46 AktG erfaßten Sachverhalte mit Ausnahme reiner Formvorschriften ebenso bei Gründung einer GmbH erfüllt werden können, ist nach Wolany die Analogie gerechtfertigt. Der Hintermann, der gemäß § 46 Abs. 5 AktG neben den Gründern verantwortlich und wegen solcher Umstände, die diese kannten oder kennen mußten, nicht durch eigene Unkenntnis exculpiert ist, haftet also - vorausgesetzt es handelt sich nicht um Erklärungen gegenüber dem Registergericht aus Anlaß der Anmeldung - zum einen für Verfehlungen des Strohmanns bzw. der Strohmänner schlechthin, zum anderen aber "auch für eigenes schuldhaftes Verhalten in den gesetzlich umrissenen Fällen."[32]

Konsequenterweise erörtert Wolany nicht allein die Anwendbarkeit der haftungsbegründenden Normen auf den Hintermann der Strohmann-GmbH, sondern bezieht auch die auf die Sicherung der Haftung abzielenden Vorschriften sowie die Stellung des § 46 AktG innerhalb des GmbH-rechtlichen Haftungssystems mit in die Untersuchung ein. Da - was den zuerst genannten Punkt betrifft - verschiedene Einzelheiten des § 50 AktG bei der GmbH keine Parallele haben, kommt hier seiner Meinung nach eine Analogie nicht in Betracht. Statt dessen schlägt er vor, in sämtlichen Fällen der Gründerhaftung für Verzichtsleistungen und Vergleichsregelungen auf § 9 Abs. 2 und 3 GmbHG zurückzugreifen. Hinsichtlich der

---

31) AaO., S. 53.
32) Wolany, aaO., S. 53.

systematischen Einordnung vertritt Wolany den Standpunkt, die in das Recht der GmbH übertragene aktienrechtliche Gründerhaftung rangiere vor der Kollektivhaftung der Gesellschafter nach § 24 GmbHG. Wenn Strohmann oder Hintermann im Rahmen des § 46 AktG für einen Ausfall aufzukommen haben, müssen sie seines Erachtens auch als "Zahlungspflichtige" angesehen werden.[33]

b) Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage

Bei den rechtsgeschäftlich begründeten Haftungen kann das aufgeworfene Problem nach Ansicht Wolanys - wie erwähnt, widmet nur er sich der Einbeziehung des Hintermanns in diesem Bereich und auf dem Gebiet des "Kondiktionenrechts im weiteren Sinne" - nicht dadurch gelöst werden, daß man dem BGH folgend einseitig auf gesellschaftsrechtliche Vorschriften abstellt. Seiner Meinung nach zwingt der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Vertragsfreiheit, der "allgemein als ein Element der deutschen Wirtschaftsverfassung angesehen" wird,[34] gerade hier zu besonderer Zurückhaltung. Da die Vertragsfreiheit, "die das Institut der stillen Stellvertretung trägt und mit diesem Mittel Strohmanngründungen ermöglicht, ... nicht nur den Sinn hat, den Abschluß von Verträgen zu gewährleisten, ihre Hauptbedeutung vielmehr darin liegt, daß die Person den Inhalt ihrer Beziehungen selbstverantwortlich festlegen kann,"[35] dürfen ihre Grenzen nicht so eng gezogen werden, daß der bei Schaffung des Vertretungsverhältnisses zum Ausdruck gebrachte Wille völlig übergangen und der Hintermann - wie es der BGH tut - dem Strohmann in jeder Beziehung gleichgestellt wird. "Bevor man die stille Vertretung so gut wie gänzlich ihres Inhalts beraubt, muß man ... prüfen, " so schreibt er, "ob man nicht

---

33) AaO., S. 47.

34) Wolany, aaO., S. 50 unter Berufung auf Rinck, Wirtschaftsrecht S. 23.

35) AaO. Hervorhebungen im Original. Wenn in diesem Zusammenhang von "stiller Stellvertretung" die Rede ist, so handelt es sich m.E. um einen offensichtlichen Irrtum (vgl. oben S. 11).

gemäß Art. 2 Abs. 1 GG mit einem weniger schwerwiegenden Eingriff zu einer 'sachgerechten Lösung' gelangen kann."[36] Dazu hält er eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 GmbHG für ausreichend, soweit eine Mithaftung des Hintermanns "für die Erbringung des Stammkapitals der GmbH gegenüber in Betracht kommt."[37] Der Zweck der Vorschrift, wohlwollenden Regelungen auf Kosten des Stammkapitals und damit auch auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger zu begegnen, trifft seiner Meinung nach wegen der "engen lebensmäßigen Beziehungen"[38] auch hier zu. Vor Abtretung des Befreiungsanspruchs an die Gesellschaft oder Pfändung dieses Anspruchs durch sie kommt jedoch auch seiner Auffassung nach als Schranke für Erlaßverträge, Aufrechnungs- und Stundungsvereinbarungen zwischen Strohmann und Hintermann ausschließlich § 138 Abs. 1 BGB in Betracht.

c) Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung

Bei der Erstattungshaftung nach §§ 30, 31 GmbHG unterscheidet Wolany zunächst zwischen unmittelbaren offenen Leistungen an den Hintermann und Leistungen, die ihm durch die Hand des Strohmanns zufließen. Während bei der zweiten Gruppe auch seiner Meinung nach nur eine mittelbare Haftung in Betracht kommt, gelangt er bei der ersten - innerhalb deren er eine weitere Differenzierung vornimmt - zu direkten Ansprüchen der Gesellschaft.

Unproblematisch erscheinen ihm die Fälle, in denen der Hintermann mit Zustimmung des Strohmanns eine Leistung erhält, die sonst an diesen erfolgt wäre. Da es sich hier - laut Wolany - um die Abtretung

---

36) AaO., S. 59. Hervorhebungen im Original.
37) AaO., S. 62. Hervorhebungen im Original.
38) AaO.

einer dem Strohmann mit Rücksicht auf die Gesellschafterstellung zugestandenen Forderung handelt, vertritt er im Anschluß an die Auffassung von Baumbach-Hueck,[39] derzufolge nach dem "klaren Wortlaut" des Gesetzes schlechthin "der Empfänger", also auch der Zessionar, haftet, zu dem Ergebnis, daß die Gesellschaft den Hintermann direkt gemäß § 31 GmbHG auf Rückzahlung in Anspruch nehmen kann.[40] Anders liegen die Dinge, wenn der Strohmann übergangen wird und der Hintermann eine selbständige Leistung erhält, die unmittelbar mit ihm ausgehandelt wurde. Wollte man hier § 31 GmbHG nicht auch auf den Hintermann anwenden, so würden sich nach Wolany "unzweifelhaft ... untragbare Folgen"[41] ergeben. Wolany ist sich sehr wohl im klaren, daß § 30 Abs. 1 GmbHG dem Wortlaut in seiner allgemeinen Bedeutung zufolge nur gegenüber

---

39) GmbHG, Anm. 2 zu § 31. Ebenso Ballerstedt, JZ 1960, 517 r. Sp.

40) Wer als Empfänger anzusehen ist, ist sehr umstritten. Brodmann (Anm. 1 c zu § 31) und Vogel (Anm. 2 zu § 31) vertreten unter Berufung auf die amtliche Begründung des Entwurfs den Standpunkt, es könne sich dabei nur um Personen handeln, die der Gesellschaft noch angehören oder ihr im Zeitpunkt der Zahlung angehört hatten, denn das Verbot des § 30 GmbHG richte sich nur gegen Zahlungen an die Gesellschafter.

Nach der herrschenden Meinung muß der Empfänger nicht notwendig Gesellschafter sein (vgl. Baumbach-Hueck, aaO., Schmidt in Hachenburg, Anm. 2 zu § 31, Scholz, Anm. 7 zu § 31). Da das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG auf die Gesellschaftereigenschaft im Zeitpunkt der Leistungsbegründung abstelle, könne - so die Argumentation - auch ein inzwischen ausgeschiedener Gesellschafter, an den die versprochene Leistung bewirkt werde, zur Erstattung herangezogen werden. Wolany, Schmidt und Scholz (jeweils aaO.) gehen sogar noch einen Schritt weiter als Baumbach-Hueck und Ballerstedt. Ihrer Meinung nach haftet ein Dritter selbst dann als Empfänger, wenn er die Leistung als Vertreter oder für Rechnung des Gesellschafters in Empfang genommen hat (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB).

41) AaO., S. 56.

den Gesellschaftern gilt und die Mitglieder der Gesellschaftsorgane als solche oder Dritte nicht erfaßt. Mit Rücksicht auf den Sinn der Beschränkung des Rückzahlungsverbots, der seiner Meinung nach darin besteht, daß der Garantiefonds Stammkapital für die Gesellschaftsgläubiger, nicht jedoch für die Gesellschafter selbst bestimmt ist, trotzdem aber "gerade durch sie auf Grund ihrer Befugnisse (Gesellschafterbeschluß) oder auf Grund der mit der 'Eigentümerstellung' verbundenen tatsächlichen Macht, das verwaltende Organ zu beeinflussen (auch wenn keine Ausnutzung vorliegt!), geschmälert werden"[42] kann, hält er eine erweiternde Auslegung des Begriffs "Gesellschafter" für zulässig. Die Situation bei der Strohmann-GmbH ist insofern mit der soeben umrissenen vergleichbar, als das Stammkapital "selbstverständlich"[43] ebensowenig der Sicherung des Hintermanns dient und die aus dem internen Weisungsrecht resultierenden Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Geschäftsführung ohne weiteres denen der Gesellschafter entsprechen. Zum selben Ergebnis gelangt man nach Wolany, "wenn man das Verbot (§ 30 Abs. 1 GmbHG) dahin erklären würde, daß diejenigen, die den Garantiefonds zugunsten anderer Personen aufbringen, ihn folgerichtig nicht für sich ausnützen dürfen, denn derjenige, der seine mittelbare Teilhaberschaft ins Spiel bringt, stützt sich darauf, daß die vom Strohmann erbrachte oder noch zu erbringende Leistung in Wahrheit von ihm stammt."[44]

Zur Unterstützung seines Standpunkts zieht Wolany noch eine Parallele zur Rechtslage beim gemeinsamen Geschäftsanteil im Sinne von § 18 GmbHG. Erhält

---

41) AaO., S. 56.

42) AaO. Hervorhebungen und Einschübe im Original.

43) Wolany, aaO.

44) AaO. Hervorhebungen im Original.

einer von mehreren Gemeinschaftern Leistungen entgegen § 30 GmbHG, so trifft ihn die Haftung als Empfänger, obwohl er "im allgemeinen Sinne nicht der Gesellschafter"[45] ist. "Bei der stillen Stellvertretung ist zwar", so schreibt er, "die Beteiligung nicht zwischen Personen, die nebeneinander stehen, aufgespalten, aber auch hier hat hinter dem Anteilinhaber noch eine zweite Person Möglichkeiten einer Einflußnahme, so daß von einer Ähnlichkeit mit der Lage bei einer Gemeinschaft gesprochen werden kann."[46]

ZWEITES KAPITEL

KRITISCHE STELLUNGNAHME UND EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG

A. Vorbemerkung

Das vorhergehende Kapitel zeigt, daß diejenigen Ansichten, die den Hintermann über den Standpunkt der herrschenden Meinung hinaus in die Haftung einbeziehen, zwar nicht in ihren Ergebnissen, wohl aber in der Lösungsmethode weitgehend übereinstimmen. Sowohl der BGH als auch Kuhn und Wolany - der letztere bedient sich allerdings bei der Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung auch der extensiven Auslegung - greifen zur Analogie, wenn auch die Vorschriften, die entsprechend angewendet und der Umfang, in dem sie herangezogen werden, verschieden sind.

Da die Analogie - wie im zweiten Kapitel des ersten Abschnitts bereits ausgeführt - dogmatisch aber nur dort haltbar ist, wo sich die rechtliche Regelung eines Sachverhalts als lückenhaft erweist, hängt die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung im Sinne der neueren Doktrin einzig und allein von dieser Voraussetzung ab. Obwohl die Regelungslücke - nur

---

45) AaO.
46) AaO., S. 56/57.

eine solche, und zwar offene, kommt hier in Betracht - eindeutig als unvollständige Einzelregelung gemessen an der Grundkonzeption der vom Gesetz beabsichtigten Gesamtregelung definiert ist, muß auch an dieser Stelle wiederum betont werden, daß sich die Prüfung nicht auf eine formallogische Feststellung beschränkt, sondern stets mit einer Wertung verbunden ist, weil innerhalb der vom Gesetzgeber angestrebten Gesamtregelung als eines geschlossenen und vernünftigen "Sinnganzen" über die Absichten und bewußt getroffenen Entscheidungen der Legislative hinaus auch objektive Rechtszwecke und Grundsätze zu berücksichtigen sind.

B. Ergänzung des GmbHG in bezug auf die Haftung des Hintermanns gegenüber der Gesellschaft

I. Deliktische Haftung

1. Haftung der Anmelder

a) Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung

(1) Gesamtkonzeption des Gesetzes

Die GmbH wurde geschaffen, um einem Bedürfnis nach einer Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung neben der AG abzuhelfen. Die Gesamtkonzeption der Gesetzgebung zeigt sich daher am bestehen vor dem Hintergrund der aktienrechtlichen Regelung; von ihr geht auch der Gesetzentwurf, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus.

Die AG ist als Grundlage wirtschaftlicher Tätigkeit nur für ein begrenztes Anwendungsgebiet bestimmt und geeignet. Ihre rechtliche Gestaltung "wird im Einklang mit der historischen Entwicklung des Aktienwesens überall von dem Gedanken beherrscht, daß es sich dabei um die Ermöglichung solcher Unternehmungen handelt, welche nur durch die Heranziehung weiter Kreise des Publikums zu Stande kommen können."[1)]

---

1) Entwurf, aaO., S. 3725 l.Sp.

Entsprechend dieser Zielsetzung ist das Mitgliedschaftsverhältnis als lose, nicht auf Dauer berechnete Verbindung ausgestaltet. Die Konkretisierung der Anteilsrechte in der Aktie als Wertpapier ermöglicht einen leichten Wechsel der Mitglieder und schafft die Grundlage, auf der unter Mitwirkung von Börse und Banken die für den Unternehmenszweck erforderliche Kapitalgrundlage aufgebracht werden kann. Aus der breiten Streuung der Aktien und der einfachen Übertragbarkeit der Mitgliedschaft ergeben sich aber gleichzeitig besondere Gefahren für die Gläubiger der Gesellschaft und die späteren Erwerber von Anteilrechten. Dieser Tatsache trägt das AktG Rechnung und sichert die Ordnungsmäßigkeit des Gründungshergangs in §§ 46 ff AktG durch ein ganzes System deliktischer Haftungstatbestände ab.

Neben dem Gebiet, auf das die Rechtsform der AG zugeschnitten ist, liegt noch ein weiterer Bereich, der - mit den Worten des Entwurfs - "der beschränkten Haftung nicht ohne Nachteil verschlossen werden kann."[2] Er umfaßt nach Ansicht des Gesetzgebers einmal die Fälle, in denen "die Gesellschafter nicht (wie bei den Personengesellschaften) in der Lage sind, die Führung der Geschäfte selbst in die Hand zu nehmen oder wo doch dem Einzelnen der Einfluß auf die Handlungen der Mitgesellschafter und die Kontrolle über deren Tätigkeit nicht in vollem Umfang möglich ist."[3] Daneben setzt - so führt der Entwurf aus - "die im heutigen Wirtschaftsleben unentbehrliche Teilung der Vermögenskräfte des Einzelnen zur Mitwirkung an einer Mehrheit von Unternehmungen ... der Regel nach auch eine Teilung und damit eine Beschränkung der aus dem einzelnen Unternehmen entstehenden Risiken voraus."[4]

---

2) AaO., S. 3725 l. Sp.
3) Entwurf, aaO. Einschub vom Verfasser.
4) AaO., S. 3725 r. Sp.

Der Entwurf vertritt den Standpunkt, daß diese Bedingungen auch erfüllt sein können, ohne daß der beabsichtigte Gesellschaftszweck nur mit massivem Kapitaleinsatz und daher nur unter Beteiligung weiter und wechselnder Personenkreise realisiert werden kann. "Auch wo eine begrenzte Zahl von Teilnehmern mit der Absicht dauernder Beteiligung ein Unternehmen ins Leben ruft, kann eine Beschränkung der Haftpflicht ... angezeigt sein, sei es, daß die zur Aufbringung der nötigen Mittel erforderliche Zahl der Gesellschafter doch zu erheblich ist, um denselben die unmittelbare Leitung des Betriebes zu gestatten, sei es, daß aus anderen Gründen die Gesellschafter außer Stande sind, persönlich dem Unternehmen ihre ganze Tätigkeit zu widmen."[5] Ein Bedürfnis nach beschränkter Haftung entsteht nach Ansicht des Gesetzgebers nicht selten auch unabhängig vom Willen der Beteiligten. "Der Übergang gewerblicher Unternehmungen auf mehrere Erben des Besitzers, welche, ohne selbst die Geschäfte führen zu können, doch auf die Erhaltung des Unternehmens und die Fortführung desselben für die Familie Wert legen, bietet ein Beispiel dieser Art."[6]

Für die genannten Fälle ist die GmbH berechnet. In ihrer typischen Ausgestaltung ist sie die Rechtsform zur Verwirklichung begrenzter unternehmerischer Ziele. Sie stellt auf Betriebe ab, deren Kapitalbedarf so bemessen ist, daß er ohne Beteiligung des allgemeinen Kapitalmarkts von einigen wenigen Personen aufgebracht werden kann. Der kleinere Kreis von Beteiligten macht die Verhältnisse überschaubar und führt ganz von selbst zu einer engeren Verbindung der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft und damit auch der Gesellschafter

---

5) AaO.
6) Entwurf, aaO.

untereinander. Diese Tatsache hat der Gesetzgeber zu einem Prinzip des GmbH-Rechts ausgebaut, das insbesondere in §§ 15, 24 und 31 Abs.3 GmbHG zum Ausdruck gekommen ist.[7] Da die GmbH also nicht auf die Mitwirkung weiter Kreise des Publikums und die leichte Übertragbarkeit der Mitgliedschaft zugeschnitten ist, wurde der Großteil der darauf beruhenden Schutzvorschriften des Aktienrechts nicht übernommen. Sie sind mit den Worten des Entwurfs "in vielen Beziehungen überflüssig" und würden "hier nur ein durch innere Gründe nicht gerechtfertigtes Hemmnis für das Zustandekommen und den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft" bilden.[8]

(2) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung

Betrachtet man die spezielle deliktische Haftung bei Gründung einer GmbH im Zusammenhang mit der Gesamtkonzeption des GmbHG, so zeigt sich, ob und in welchem Ausmaß von einer Lückenhaftigkeit der bestehenden Regelung gesprochen werden kann.

(a) Bedürfnis nach tatbestandsmäßiger Erweiterung

Zweifellos kann die GmbH ebenso wie die AG durch Einlagen, Sachübernahmen, Gründungsaufwand (§ 46 Abs. 2 AktG) oder durch Annahme leistungsunfähiger Gesellschafter (§ 46 Abs. 4 AktG) geschädigt werden. Da die GmbH - anders als die AG - im Prinzip auf eine Dauerbeteiligung abstellt, kommt hier der Sicherung späterer Erwerber von Geschäftsanteilen jedoch nach Ansicht des Gesetzgebers bei

---

7) Vgl. hierzu Entwurf, aaO., S. 3726 r.Sp.
8) AaO., S. 3725 r. Sp.

weitem nicht die gleiche Bedeutung zu. In Hinblick auf diese Überlegung verzichteten die "Väter" des GmbHG ganz bewußt darauf, die Gründerhaftung unverändert zu übernehmen und reduzierten die entsprechende Regelung auf den Umfang des § 9 Abs. 1. Trotz dieser erheblichen Einschränkung erachtet der Entwurf auch den Gläubigerschutz für gewährleistet, indem das GmbHG "den Gesellschaftern (ohne Rücksicht auf Verschulden) eine Gesamthaftung dafür auferlegt ..., daß das im Gesellschaftsvertrag bestimmte Stammkapital vollständig zur Einzahlung gelangt und ... auch nicht später eine Verminderung desselben durch unberechtigte Auszahlungen an die Gesellschafter stattfindet (§§ 24, 31 Abs. 3)."[9]

Wie eingangs erwähnt, kann die aufgeworfene Frage allein anhand der Motive nicht abschließend beurteilt werden, vielmehr bedarf es noch eines Blicks auf die allgemeinen Prinzipien unserer Rechtsordnung. M. E. besteht auch unter Berücksichtigung rein objektiver Maßstäbe kein Bedürfnis, über die Haftung der Anmelder nach § 9 GmbHG hinaus weitere Vorschriften der aktienrechtlichen Gründerhaftung in das Recht der GmbH einzuführen. Mit der schon mehrfach zitierten Formulierung Wolanys gesprochen, "erfordert jede Haftung in einem die Persönlichkeit achtenden Recht ... einen Tatbestand, der die Haftung auf seiten des Haftenden selbst rechtfertigt," d.h. verstößt es gegen eines der obersten Gebote der geltenden Verfassung, Ansprüche ausschließlich in Hinblick auf das Sicherungsinteresse anderer zu gewähren. Selbstverständlich wäre eine § 46 AktG entsprechende Regelung auch für die Gläubiger der GmbH sowie eventuelle Erwerber von Geschäftsanteilen von Nutzen. Soweit der Schutz späterer Anteilsinhaber in Frage steht, fehlt bei der GmbH wegen der im Vergleich zur AG wesentlich engeren mitgliedschaftsrecht-

---

9) Entwurf, aaO., S. 3730 l. Sp. Einschub vom Verfasser.

lichen Bindung jedoch die bei der AG typischen Gefahrenlage, d.h. der innere Grund, den am Abschluß des Gesellschaftsvertrages mitwirkenden Gesellschaftern eine derartig umfangreiche Verantwortlichkeit aufzuerlegen. Als haftungsauslösender Tatbestand verbleibt damit lediglich die Gläubigergefährdung, wobei zwei Aspekte zu unterscheiden sind, und zwar die Gefahr einer finanziellen Aushöhlung der Gesellschaft sowie das Risiko einer - gemessen am Unternehmensgegenstand - von Anfang an unzureichenden Kapitalausstattung. Der zuerst genannten Möglichkeit begegnet das Gesetz mit der speziell GmbH-rechtlichen Kollektivhaftung, die - wenn auch nicht deliktischer Natur - einen durchaus sachgerechten und ausreichenden Ersatz für die auf den Umfang des § 9 Abs. 1 GmbHG verminderte Gründerhaftung darstellt. Was den zweiten Punkt betrifft, ist die Situation nicht anders als bei der AG. Zwar liegt bei der GmbHG sowohl das Mindestkapital als auch - wenigstens in der Regel - der im Einzelfall beschlossene finanzielle Grundstock wesentlich niedriger. Da aber das Stammkapital ebenso wie das Grundkapital aus dem Handelsregister ersichtlich ist und beide Eintragungen gleichermaßen keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die tatsächlichen finanziellen Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft erlauben, läßt sich die Notwendigkeit einer zusätzlichen Gläubigersicherung auch nicht aus dem Prinzip des Verkehrsschutzes ableiten.

(b) Bedürfnis nach personeller Erweiterung der Haftung nach § 9 GmbHG

Eine andere Frage ist, ob das Fehlen einer Parallelbestimmung zu § 46 Abs. 5 AktG eine Lücke bedeutet. Die Vorschrift deckt sich wörtlich mit § 39 Abs. 5

des AktG von 1937 und wurde damals erstmalig in das Aktienrecht aufgenommen. Nach der amtlichen Begründung[10] zielt sie darauf ab, einer Umgehung der aktienrechtlichen Gründerhaftung durch Vorschieben von Strohmännern entgegenzutreten.[11] § 9 Abs. 1 GmbHG ist der einzige Teil der aktienrechtlichen Gründerhaftung, den der Gesetzgeber - wenn auch in abgewandelter Form - in das Recht der GmbH übernommen hat. Sowohl § 46 Abs. 1 S. 1 AktG als auch § 9 Abs. 1 GmbHG regelt die Verantwortung für die Richtigkeit der Angaben, die zum Zweck der Eintragung über die Leistungen auf die Anteilsrechte abgegeben werden müssen. Wie bereits erwähnt, dient die Verantwortlichkeit der Gründer in gleicher Weise wie die Haftung der Anmelder dem Schutz künftiger Erwerber von Aktien bzw. Geschäftsanteilen, so daß beide Vorschriften auch ihrer Funktion nach übereinstimmen. Der unterschiedliche Personenkreis, den die Haftung jeweils erfaßt, ändert daran nichts; er folgt aus den abweichenden Bestimmungen darüber, durch wen die Anmeldung der AG bzw. GmbH zur Eintragung in das Handelsregister vorzunehmen ist.

Bei Diskussion und Erlaß des GmbHG wurde die Möglichkeit von Strohmanngründungen nicht berücksichtigt. Diese atypische Gestaltung kam erst später auf und der Meinungsstreit über ihre Zulässigkeit erreichte Anfang der 30iger Jahre einen ersten Höhepunkt.[12] Die Tatsache, daß der Hinter-

---

10) Zitiert bei Wolany, aaO., S. 44/45.

11) Dem Problem, ob die Norm über ihr eigentliches Anwendungsgebiet hinaus einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält, der es erlaubt, den Hintermann haftungsrechtlich in jeder Beziehung dem Strohmann gleichzustellen, wendet sich die Arbeit bei der Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage zu.

12) Vgl. hierzu Kuhn, aaO., S. 5 ff.

mann nur im Rahmen der aktienrechtlichen Gründerverantwortlichkeit erfaßt wird, ist jedoch nicht Ausdruck einer Sonderentwicklung. Der Gesetzgeber hat lediglich die Aktienrechtsreform von 1937 zum Anlaß genommen und der Strohmanngründung in diesem Bereich des Gesellschaftsrechts Rechnung getragen. Die Funktionsgleichheit von Gründer- und Anmelderhaftung läßt den Schluß zu, daß das Fehlen einer Parallelvorschrift zu § 46 Abs. 5 AktG eine Lücke im GmbHG darstellt.

b) Ausfüllung der Lücke

Da das GmbHG eine positive Regelung vermissen läßt, die von der Gesamtregelung her zu erwarten ist, liegt eine offene Lücke vor. Methodisch kann sie daher nur durch Analogie ausgefüllt werden. Als Vorschrift, die entsprechend angewendet werden könnte, bietet sich natürlich § 46 Abs. 5 AktG an, da ja gerade das Fehlen einer derartigen Bestimmung im GmbH-Recht die Lücke ausmacht. Da die genannte Vorschrift eine Verantwortlichkeit des Hintermanns neben seinem Strohmann als Gründer vorsieht, erscheint die entsprechende Anwendung auf den ersten Blick ausgeschlossen, wenn nicht gleichzeitig die Haftung des § 9 Abs. 1 GmbHG auf diesen Personenkreis erstreckt wird. Dafür fehlt aber jede innere Berechtigung, denn die Haftung der Gründer nach § 46 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG beruht auf der schuldhaften Verletzung der ihnen bei Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister obliegenden Pflichten, während bei der GmbH die Anmeldung allein durch die Geschäftsführer erfolgt, ein Verschulden der Gründer also regelmäßig nicht in Betracht kommt.[13] Bei näherem Zusehen erweist sich aber,

---

13) Interessanter Weise sah der Entwurf vom 11.2.1892 in § 7 Abs. 3 S. 1 die Anmeldung durch sämtliche Gesellschafter und Geschäftsführer gemeinschaftlich vor; diese Bestimmung ist jedoch später gestrichen worden.

daß die Übernahme des § 46 Abs. 5 AktG nicht unbedingt die Haftung der Gründer als solcher im Rahmen des § 9 Abs. 1 GmbHG voraussetzt. Die Überschaubarkeit der Verhältnisse und die engere Verbindung der Gesellschafter untereinander führen bei der GmbH häufiger als bei der AG zur sogenannten Selbstorganschaft, bei der sich die Organe aus Mitgliedern der Gesellschaft zusammensetzen. Übernimmt der Strohmann die Geschäftsführung in Ausübung eines mit dem Geschäftsanteil verbundenen Sonderrechts oder unmittelbar im Auftrag seines Hintermanns, so besteht mit Wolany "Gleichwertigkeit mit einer auf fremde Rechnung vorgenommenen Gründung."[14] Unter diesen Umständen erfaßt die Haftung aus § 9 Abs. 1 GmbHG zunächst ebenfalls eine Person, die sich für Rechnung eines anderen an der Gründung beteiligt hat. Der Zweck des § 46 Abs. 5 AktG, das Umgehen der speziellen deliktischen Haftung für die Ordnungsmäßigkeit des Gründerhergangs durch Vorschieben von Strohmännern zu verhindern, trifft damit auch hier zu. Die Übereinstimmung besteht also genau in dem Punkt, der für die Aufnahme der genannten Vorschrift in das Aktienrecht ausschlaggebend war. Die Tatsache, daß der Strohmann das eine Mal als Gründer, das andere Mal als Gesellschaftsorgan tätig wird, ist demgegenüber ohne Belang.

2. Haftung nach § 826 BGB

Schon im zweiten Teil des vorhergehenden Abschnitts kam die Arbeit zu dem Ergebnis, daß einer entsprechenden Anwendung des § 117 AktG bei der GmbH keine Hindernisse entgegenstehen, da in gleicher Weise wie bei der AG auch hier die Organe und

---

14) AaO., S. 54.

leitenden Persönlichkeiten als Sachwalter fremden Kapitals in besonderer Weise dem Druck derjenigen Personen ausgesetzt sind, die - sei es als Aktionäre oder Dritte wie Lieferanten, Kreditgeber oder Hintermänner - in der Lage sind, Einfluß auf die Gesellschaft auszuüben und eine Ersatzpflicht, die erst bei sittenwidriger Schädigung eingreift, vielfach am Nachweis der erforderlichen Tatumstände scheitert oder zu einer Überdehnung des Begriffs der guten Sitten führt.

Im vorliegenden Zusammenhang, d.h. bezüglich der Haftung im Innenverhältnis, bedarf dieses Resultat allerdings einer Einschränkung. Während die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber gemäß § 117 Abs. 5 S. 2 AktG weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben wird, daß die Handlung auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht, verweist § 117 Abs. 4 AktG wegen der entsprechenden internen Fragen auf Satz 3 und 4 des § 93 Abs. 4 AktG, die die Befreiung der Vorstandsmitglieder von Schadensersatzansprüchen zum Gegenstand haben. Da diese Regelung - abgesehen vom unterschiedlichen Beginn der dreijährigen Sperrfrist - mit § 50 AktG, der Parallelvorschrift für die Verantwortlichkeit der Gründer, identisch ist und hier die bereits erörterte innere Verbindung zu § 9 GmbHG besteht, bleibt m. E. für eine Analogie zu § 117 Abs. 4 AktG kein Raum. Die sachliche Übereinstimmung des § 50 AktG mit den Bestimmungen des § 93 Abs. 4 S. 3 und 4 AktG sowie die Verwandtschaft zwischen Gründerhaftung und Haftung der Anmelder rechtfertigt es sehr viel eher, im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 117 AktG in puncto Verzichts und Vergleichsvereinbarungen auf § 9 Abs. 2 GmbHG zurückzugreifen. Da die Aufhebung der Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern durch § 117 Abs. 5 S. 2 AktG ausgeschlossen ist, bedeutet dies, daß die GmbH den Hintermann ebenso

wie eventuelle andere Ersatzpflichtige jederzeit nach Belieben ganz oder teilweise aus der Haftung entlassen kann, den entsprechenden Rechtsgeschäften jedoch nur relative Wirksamkeit zukommt.

II. Haftung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage

1. Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung betreffend die Haftung für die Stammeinlage

a) Gesamtkonzeption des Gesetzes

Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nach § 13 Abs. 2 GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen. Da sich der Grundstock dieses Vermögens, das Stammkapital, aus den von den Gesellschaftern übernommenen Stammeinlagen zusammensetzt, versucht das GmbHG deren Aufbringung auf jeden Fall zu sichern. Dabei vertraut es nicht lediglich auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der augenblicklichen Gesellschafter, sondern enthält ein ganzes System von Vorschriften, die weitere Personen in die Einlageverpflichtung einbeziehen.

Veräußert ein Gesellschafter seinen Anteil, so tritt der Erwerber mit Anmeldung der Veräußerung in dessen Rechte und Pflichten ein (§ 16 Abs. 2 GmbHG). In § 16 Abs. 3 GmbHG ist dies hinsichtlich der zur Zeit der Anmeldung rückständigen Leistungen noch besonders hervorgehoben. Durch den Eintritt des Erwerbers in seine Rechtsposition wird der Veräußerer jedoch nicht von seinen Verpflichtungen befreit. Für die bei Anmeldung der Veräußerung rückständigen Leistungen bleibt er der Gesellschaft neben dem Erwerber verhaftet. Bringt der Erwerber die Stammeinlage nicht auf und wird ihm aus diesem Grunde der Geschäftsanteil nebst den bereits darauf entrichteten Teilzahlungen zugunsten der Gesellschaft nach § 21 GmbHG entzogen, so

kommt § 22 GmbHG zum Zuge. Die Haftung des Rechtsvorgängers ergänzt die Haftung des Veräußerers nach § 16 Abs. 3 GmbHG. Nach der zuletzt genannten Bestimmung haftet der Veräußerer nur für die bis zur Anmeldung der Veräußerung rückständigen Leistungen. Über § 22 GmbHG kann er auch für die nach Anmeldung auf den Geschäftsanteil fällig gewordenen Leistungen herangezogen werden. Dabei haftet nicht nur der letzte, sondern auch jeder frühere Rechtsvorgänger für den von dem ausgeschlossenen Gesellschafter nicht bezahlten Betrag. Selbst der nach § 21 GmbHG ausgeschlossene Gesellschafter bleibt der Gesellschaft wegen eines eventuellen Ausfalls der auf seinen ehemaligen Geschäftsanteil eingeforderten Beträge verhaftet. Als letztes Mittel greift § 24 GmbHG auf die Mitgesellschafter zurück.

In diesem Zusammenhang sind m. E. zwei Punkte von besonderer Bedeutung: Einmal tritt der Gesetzgeber auch an Personen heran, die der Gesellschaft nicht mehr angehören. Zum anderen erstreckt er die Haftung auf Einlageverpflichtungen, die nicht in der Person des ausgeschiedenen Gesellschafters, sondern in der Person eines Rechtsnachfolgers oder sogar erst eines weiteren Erwerbers fällig geworden sind. Diese detaillierte und zugleich strikte (vgl. § 25 GmbHG)Regelung zeigt die große Bedeutung, die das Gesetz der Realisierung der Stammeinlagen beimißt.

Zur Beurteilung der Gesamtkonzeption ist auch hier wieder ein Blick auf das Aktienrecht geboten. Mit Ausnahme der Kollektivhaftung finden sich sämtliche Maßnahmen, mit deren Hilfe das GmbHG die Aufbringung der Kapitaleinlagen zu sichern sucht, auch hier.[15] Anders als bei der GmbH wird die Haftung

---

15) Vgl. §§ 64, 65, 66 AktG.

der Rechtsvorgänger und der wegen Säumigkeit ausgeschlossenen Aktionäre ergänzt durch ein System deliktischer Tatbestände (§§ 46 ff AktG). Im Bereich der Gründerhaftung wird dabei auch der Hintermann erfaßt.

Die Bedeutung des § 46 Abs. 5 AktG zeigt sich am besten, wenn man die Rechtslage betrachtet, die ohne diese Regelung bestände. Unter dieser Voraussetzung käme eine deliktische Haftung des Hintermanns für Verfehlungen im Gründungsablauf - außer bei Teilnahme an einer vorsätzlichen Verletzung der Strafvorschrift des § 399 Abs. 1 AktG, die auch die Gründerpflichten nach § 46 Abs. 1 Halbsatz 1 umgreift (§§ 399 Abs. 1 AktG, 823 Abs. 2, 830 Abs. 1 S. 1 BGB) - nur nach § 831 BGB in Betracht.[16)]

§ 46 Abs. 5 S. 1 AktG wiederholt nur den Grundsatz des § 831 BGB, daß der Geschäftsherr für eigenes Verschulden einzustehen hat. Satz 2 dagegen enthält eine Sonderregelung. Da sich der Hintermann wegen solcher Umstände, die der Strohmann kannte oder kennen mußte, nicht auf seine eigene Unkenntnis berufen kann, wird der Entlastungsbeweis der allgemeinen zivilrechtlichen Geschäftsherrnhaftung teilweise ausgeschlossen. Damit hat der Gesetzgeber erstmalig die Grundsätze über die Haftung für Hilfspersonen im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses (§ 278 BGB) in das Deliktsrecht übernommen. Der Hintermann muß sich also im Bereich der Gründerhaftung das Verschulden des Strohmanns zurechnen lassen, ohne Rücksicht darauf, ob ihn an dessen Handeln selbst irgendein

---

16) Die Haftung des Geschäftsherrn nach BGB fußt auf zwei Vermutungen:
Zum ersten nimmt das Gesetz an, daß den Geschäftsherrn bei Auswahl oder Leitung der Hilfsperson oder bei Beschaffung der erforderlichen Vorrichtungen und Gerätschaften ein eigenes Verschulden trifft. Zum zweiten geht es davon aus, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Geschäftsherrn und dem Schaden des Dritten besteht. Folgerichtig entfällt die Haftung, wenn wenigstens eine der beiden Vermutungen widerlegt wird (§ 831 Abs.1 S.2 BGB).

Schuldvorwurf trifft. Er haftet einmal schlechthin für Verfehlungen seines Strohmanns, daneben aber "auch für eigenes schuldhaftes Verhalten in den gesetzlich umrissenen Fällen."[17] Soweit der Hintermann jedoch für eigenes Verschulden einzustehen hat, kommt auch in seiner Person der Entlastungsbeweis des § 46 Abs. 3 AktG zum Zuge. Mit dieser Regelung "bewegt sich ... das AktG ... auf einem Boden, der in manchen ausländischen Rechten schon immer für den Aufbau der Geschäftsherrnhaftung - jedenfalls im wirtschaftlichen Bereich - benutzt worden ist, und den wahrscheinlich auch die beabsichtigte Reform des BGB-Haftungsrechts zur Grundlage nehmen wird."[18]

Wie sich aus der Formulierung "in gleicher Weise" und dem inneren Zusammenhang des ganzen § 46 AktG eindeutig ergibt, bezieht sich die Gleichstellung von Strohmann und Hintermann nur auf die in den Absätzen 1, 2 und 4 genau umrissenen Tatbestände der deliktischen Gründerhaftung. § 46 Abs. 5 AktG enthält daher keinen - wie der BGH annimmt - allgemeinen Rechtsgedanken, daß die Hintermänner haftungsrechtlich in jeder Beziehung wie Gesellschafter zu behandeln seien.

Trotzdem reicht m.E. die Bedeutung der Vorschrift über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus. Die Haftung der an der Gründung mitwirkenden Personen insgesamt - es geht dabei keineswegs nur um die am Abschluß des Gesellschaftsvertrages beteiligten Gesellschafter - dient außer dem Schutz späterer Erwerber von Aktien dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Sie ist also zur Sicherung der Einlageverpflichtung gedacht, d.h. erfüllt eine Hilfsfunktion. Wie schon erwähnt, sah man bei

---

17) Wolany, aaO., S. 53.
18) Wolany, aaO., S. 45.

der GmbH in Hinblick auf die mit dieser Gesellschaft verfolgte wirtschaftspolitische Zielsetzung ganz bewußt davon ab, die aktienrechtliche Regelung einfach zu übernehmen. Weil die Mitgliedschaft hier im Vergleich zur AG sehr viel mehr auf Dauer angelegt ist und deshalb dem Schutz späterer Erwerber von Anteilsrechten geringeres Gewicht zukommt, trifft zweifellos zu, wenn der Entwurf ähnlich weitgehende Sicherungen für überflüssig erachtet.

In bezug auf die Gläubigerinteressen liegen die Dinge jedoch anders. Bereits in anderem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, daß die GmbH ebenso wie die AG durch Einlagen, Sachübernahmen, Gründungsaufwand oder durch Annahme leistungsunfähiger Gesellschafter geschädigt werden, d.h. die Verwirklichung der in § 46 AktG erfaßten Sachverhalte in gleicher Weise auch hier erfolgen kann. Den Schöpfern des GmbHG ist jedoch die mit der Reduzierung der eigentlichen Gründerhaftung sowie dem Wegfall einer Reihe weiterer deliktischer Tatbestände verbundene Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger keineswegs verborgen geblieben. Der Entwurf zeigt, daß dieser Aspekt sehr wohl berücksichtigt wurde, indem das Gesetz - um die bereits zitierte Formulierung zu wiederholen - "den Gesellschaftern eine Gesamthaftung dafür auferlegt ..., daß das im Gesellschaftsvertrag bestimmte Stammkapital vollständig zur Einzahlung gelangt und ... auch nicht später eine Verminderung desselben durch unberechtigte Auszahlungen an die Gesellschafter stattfindet."[19] Selbstverständlich bestehen zwischen Gründerhaftung i.S. von § 46 Abs. 1 bis 4 AktG und § 24 GmbHG - § 31 Abs. 3 GmbHG bleibt vorerst

---

19) Entwurf, aaO., S. 3730 l. Sp.

außer Betracht - erhebliche Unterschiede. Während die aktienrechtliche Regelung deliktischer Natur ist, der Anspruch der Gesellschaft folglich auf Ersatz des gesamten adäquat-kausalen Schadens geht und ausschließlich solche Aktionäre betrifft, die die Satzung festgestellt haben, handelt es sich bei § 24 GmbHG um eine Art gemeinschaftlicher Ausfallbürgschaft, die lediglich die Gesellschaftereigenschaft zur Zeit der Einleitung des Kaduzierungsverfahrens voraussetzt, d.h. ohne Differenzierung nach ursprünglichen oder späteren Gesellschaftern eine anteilige Haftung beinhaltet. Diese Unterschiede dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Kollektivhaftung als Ersatz für die auf den Umfang des § 9 GmbHG reduzierten aktienrechtlichen Vorschriften zur Sicherung der Kapitalaufbringung geschaffen wurde, § 24 GmbHG somit nicht nur funktionell der Gründerhaftung im weiteren und engeren Sinn entspricht, sondern daneben auch innerlich mit ihr zusammenhängt.[20] Der innere Zusammenhang läßt sich m.E. sogar zweifach belegen. Formal gesehen resultiert die Kollektivhaftung aus dem weitgehenden Verzicht auf die aktienrechtlichen Vorschriften zur Sicherung des Gesellschaftskapitals. Darüberhinaus besteht aber auch noch eine materielle Verknüpfung. Um Manipulationen bei der Gründung vorzubeugen bzw. zu begegnen, verlangt das AktG die Offenlegung aller wesentlichen Vorgänge und ordnet - noch ehe das Registergericht tätig wird - deren Kontrolle durch sämtliche an der Satzungsfeststellung beteiligten Gesellschafter, die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat sowie in besonderen Fällen durch gerichtlich bestellte Prüfer an. Der Umstand, daß das GmbHG diese Sicherungen in Hinblick auf seine vom Aktienrecht ab-

---

20) Ebenso Baumbach-Hueck, GmbHG, Anm. 1 A zu § 24.

weichende unternehmenspolitische Orientierung nicht übernahm und folglich die Gefahr von Schwindelgeschäften zum Nachteil der Gläubiger ungleich stärker ist, stellt auf seiten der Anteilseigner den ihre Inanspruchnahme rechtfertigenden Tatbestand und zugleich auch die tiefere Verbindung zwischen Kollektiv- und Gründerhaftung dar. Da § 24 GmbHG nach wie vor in seiner ursprünglichen Fassung gilt, das AktG aber seit der Reform des Jahres 1937 den Hintermann in die Gründerhaftung, mithin den Bereich der Sicherung der Einlageverpflichtung,einbezieht, muß m.E. wegen des inneren Zusammenhangs zwischen Kollektiv- und Gründerhaftung angenommen werden, daß sich die Gesamtkonzeption des Gesetzes bezüglich der Sicherung der Kapitalaufbringung bei den juristischen Personen des Handelsrechts in diese Richtung weiterentwickelt hat.

Das GmbHG begnügt sich nur deshalb mit einer Haftung der Gesellschafter, weil man im Jahre 1892 der Möglichkeit von Strohmanngründungen nicht Rechnung trug. Die Ausführlichkeit, mit der die Sicherung der Einlageverpflichtung behandelt wird, macht deutlich, daß auch hier eine umfassende Regelung geschaffen werden sollte. Das GmbHG betrachtet es jedoch als Selbstverständlichkeit, daß sämtliche Gesellschafter die Beteiligung sowohl im eigenen Namen als auch für eigene Rechnung übernehmen und zieht folglich auch nur diejenigen Personen zur Sicherung der Einlageverpflichtung heran, bei denen diese Voraussetzungen in irgendeinem Zeitpunkt vorlagen.

b) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung

Nimmt der Hintermann selbst an der Gründung teil (partielle Strohmanngründung), so kann ihn die GmbH für einen Ausfall, den sie an der Einlage des Strohmanns erleidet, unmittelbar nach § 24 GmbHG heranziehen. Insoweit stimmt also die bestehende Regelung mit der Grundeinstellung des Gesetzes nach möglichst umfassender Sicherung der Einlageverpflichtung überein. Ist der Hintermann nicht Gesellschafter (ausschließliche Strohmanngründung), so kann er den Grundzügen der gesetzlichen Regelung zufolge nur auf dem Umweg über das Innenverhältnis zur Aufbringung der vom Strohmann übernommenen Stammeinlage herangezogen werden. Sowohl vor als auch nach Übergang auf die Gesellschaft kommt als Schranke für Verzichts-, Vergleichs- und Stundungsvereinbarungen über den Befreiungsanspruch nur § 138 Abs. 1 BGB in Frage. Da die Gesamtkonzeption des Gesetzes aber eine Vorschrift erwarten läßt, die den besonderen Verhältnissen der Strohmanngründung Rechnung trägt und den Hintermann über das allgemeine Zivilrecht hinaus unmittelbar in die Sicherung der Einlageverpflichtung einbezieht, ist die gesetzliche Regelung insoweit lückenhaft.

c) Ausfüllung der Lücke

Da das GmbHG keine positive Regelung enthält, die es gestattet, den Hintermann unmittelbar in die Sicherung der Einlageverpflichtung einzubeziehen, handelt es sich um eine offene Lücke.

Für eine Analogie bietet sich § 19 Abs. 2 GmbHG an. Der Zweck dieser Vorschrift besteht darin, die Aufbringung des Stammkapitals zu sichern. Dabei

wendet sich das Gesetz nur an die Gesellschaft und die Gesellschafter als Gläubiger und Schuldner der Stammeinlage und untersagt ihnen, in bestimmter Weise über die Einlageverpflichtung zu verfügen. Nicht aber erfaßt das Verbot auch Rechtsverhältnisse, in denen der Gesellschafter die Stellung des Gläubigers einnimmt. Der innere Grund dafür liegt auf der Hand: Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben ausschließlich das Gesellschaftsvermögen. Den Grundstock dieses Vermögens bildet das Stammkapital, das sich seinerseits aus den Stammeinlagen zusammensetzt. Die "engen lebensmäßigen Beziehungen" zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern bringen nun die "Gefahr wohlwollender Regelungen auf Kosten der Gläubiger"[21] mit sich. Ihr Schutz rechtfertigt es, die Vertragsfreiheit im Umfang des § 19 Abs. 2 GmbHG auszuschließen. Dagegen erlaubt es das berechtigte Interesse der Gesellschaftsgläubiger an möglichst rascher und vollständiger Aufbringung der Haftungsgrundlage nicht, dem Gesellschafter auch in seinem Verhältnis zu Dritten und sogar dem "Drittschuldner" Beschränkungen aufzuerlegen. In entsprechend abgewandelter Form trifft auch hier zu, was Wolany[22] in bezug auf die Haftung des Hintermanns ausführt. Ein Gesetz kann die Vertragsfreiheit einer Person nicht allein deswegen einschränken, weil dies für einen anderen vorteilhaft wäre; vielmehr verlangt eine solche Maßnahme in einem die Persönlichkeit achtenden Recht auch einen Tatbestand, der sie zwingend erfordert. Der Einfluß der Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer des in der Gesellschaft gebundenen Vermögens auf die Geschäfts-

---

21) Wolany, aaO., S. 62.
22) Wolany, aaO., S. 45 und 48.

führung stellt einen solchen Tatbestand dar. Im Verhältnis zwischen dem Gesellschafter und Dritten - auch dem Strohmann - sind jedoch keine vergleichbaren Bedingungen gegeben. Bei der Strohmanngründung liegt eine dem Sachverhalt des § 19 Abs. 2 GmbHG ähnliche Situation nur dann vor, wenn der Gesellschaft durch Abtretung oder Pfändung und Überweisung des Befreiungsanspruchs eine Gläubigerstellung gegenüber dem Hintermann zukommt. Die Übereinstimmung in dieser Hinsicht vermag aber nicht zu verdecken, daß in zwei Punkten dennoch Unterschiede bestehen. Der Befreiungsanspruch ist nicht identisch mit dem Anspruch auf Leistung der Stammeinlage und richtet sich auch nach Übergang auf die Gesellschaft nicht gegen einen Gesellschafter.

Die Wahl der Befreiungsmittel im Rahmen des § 257 BGB ist Sache des Schuldners. Der Strohmann ist also nicht berechtigt, vom Hintermann Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Einlageverpflichtung an sich selbst zu verlangen. Nach ständiger Rechtsprechung[23] ändert sich jedoch der Inhalt des Befreiungsanspruchs, sobald er an den Gläubiger der zugrundeliegenden Forderung abgetreten oder von diesem gepfändet wird. Unter dieser Bedingung entspricht er der Stammeinlageverpflichtung des Gesellschafters in vollem Umfang.

Seine mittelbare Beteiligung gewährt dem Hintermann praktisch den gleichen Einfluß auf die Geschäftsführung wie dem Gesellschafter, so daß die Gefahr wohlwollender Regelungen zuungunsten der Gläubiger auch hier besteht.

Der Grundgedanke des § 19 Abs. 2 GmbHG, bei Realisierung der Haftungsgrundlage den Einfluß derjeni-

---

23) Vgl. RGZ 140, 378; BGHZ 12, 136.

gen Personen auszuschalten, die sie aufzubringen haben, trifft daher auch auf den Hintermann zu, sobald ihn die Gesellschaft mittelbar zur Aufbringung des Stammkapitals heranzieht. Die aufgezeigten Verschiedenheiten sind lediglich formaler Natur.

2. Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung betreffend die Haftung für Nachschüsse

a) Gesamtkonzeption des Gesetzes

Der Gesetzgeber hat für die GmbH in großem Umfang die Strukturprinzipien der AG übernommen. Die Nachschußpflicht allerdings hat im Aktienrecht keine Parallele; trotzdem zeichnet sich ihre Bedeutung gerade auf diesem Hintergrund besonders deutlich ab.

Die AG ist auf die Beteiligung weiter und wechselnder Personenkreise zugeschnitten. Für die ungehemmte Zirkulation der Aktien ist die absolute Bestimmtheit der auf jeden Anteil zu bewirkenden Leistungen eine wesentliche Voraussetzung. Die auf die Kapitaleinlagen beschränkte Haftung der Mitglieder hat deshalb hier ihre strengste Durchführung erhalten. Als Kehrseite dieser Regelung zeigt sich jedoch eine gewisse Starrheit. Bei erhöhtem Kapitalbedarf ist die AG nicht ohne weiteres in der Lage, die Aktionäre zu weiteren Leistungen heranzuziehen. Gerade für Unternehmungen, deren künftiger Kapitalbedarf nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen ist oder deren Kapitalbedarf wechselt, kann dies zu erheblichen Schwierigkeiten führen," denn der den Aktiengesellschaften allein gestattete Weg einer Erhöhung des Aktienkapitals durch Ausgabe neuer Aktien ist nicht bloß mit Weiterungen und der Regel auch mit

Opfern verbunden, sondern wird bei kritischer Lage des Unternehmens in den meisten Fällen ganz verschlossen sein."[24] Auf Grund der heutigen Rechtslage trifft diese Beurteilung des Gesetzgebers nur noch bedingt zu. Um die Kapitalbeschaffung bei der AG zu erleichtern, hat schon die Aktienrechtsreform von 1937 die ordentliche Kapitalerhöhung durch zwei weitere Einrichtungen, und zwar das genehmigte Kapital und die bedingte Kapitalerhöhung bereichert. Das GmbHG nimmt jedoch noch die alte Regelung zum Ausgangspunkt und nur von dort aus wird die Richtung verständlich, die es einschlägt.

Der ordentlichen Kapitalerhöhung bei der AG entsprechend, gibt es auch hier eine Erhöhung des Stammkapitals durch Schaffung neuer Geschäftsanteile. Um aber den Geschäftsbetrieb der auf kleinnere Verhältnisse zugeschnittenen GmbH nicht unnötig durch die Schwerfälligkeit dieser Art der Kapitalbeschaffung zu belasten, hat der Gesetzgeber in Anlehnung an die Zubußen der bergrechtlichen Gewerkschaft mit der Nachschußpflicht daneben ein einfacheres Verfahren zur Verfügung gestellt. Als Ausgangspunkt dient das im Vergleich zur AG sehr viel engere Mitgliedschaftsverhältnis. Es erlaubt eine freiere Ausgestaltung der den Mitgliedern gegenüber der Gesellschaft obliegenden Verpflichtungen. Der Gesellschaftsvertrag kann daher den Gesellschaftern über die Stammeinlage hinaus weitere Einzahlungen auferlegen. Die Nachschußpflicht dient nicht wie die Verpflichtung zur Leistung der übernommenen Stammeinlagen der Realisierung des als Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsgläubiger bestimmten Stammkapitals. Eingezahlte Nachschüsse werden nicht Bestandteil des

---

24) Entwurf, aaO., S. 3726 l. Sp.

Stammkapitals, sondern bilden einen gesonderten Teil des Gesellschaftsvermögens zur Deckung eines zusätzlichen und kurzfristigen Bedarfs an Betriebsmitteln. Da die Nachschußpflicht keine "unmittelbare Erweiterung der Haftbarkeit für die Gesellschaftsschulden"[25] enthält, ist bei der Einziehung der eingeforderten Beträge die Rücksicht auf die Sicherung der Gläubiger nicht in erster Linie entscheidend.[26]

b) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung

Ausgehend von den Grundzügen der gesetzlichen Regelung kann die GmbH in gleicher Weise wie bei der Stammeinlage auch bei Erfüllung der Nachschußpflicht den Hintermann der ausschließlichen Strohmanngesellschaft nur auf dem Umweg über das Innenverhältnis heranziehen. Für Vereinbarungen über den Befreiungsanspruch ist ebenfalls nur § 138 Abs. 1 BGB zu beachten. Wie bereits erwähnt, sind die Vorschriften über die Sicherung der Nachschußpflicht unterschiedlich, je nachdem in welchem Umfang der Gesellschaftsvertrag weitere Einzahlungen vorsieht. In keinem Fall kommt jedoch die Kollektivhaftung des § 24 GmbHG zur Anwendung.

Diese Tatsache entspricht durchaus dem Sinn, den das Gesetz der Nachschußpflicht zugedacht hat. Die eingezahlten Nachschüsse bilden einen besonderen, beweglichen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens, der nicht wie das Stammkapital den Gesellschaftsgläubigern als dauernde Kreditgrundlage öffentlich bekannt gemacht worden ist. Die Kollektivhaftung als Maßnahme des Gläubigerschutzes wäre

---

25) Entwurf, aaO., S. 3730 r. Sp.
26) Vgl. insgesamt Entwurf, aaO., S. 3730 f.

hier also ganz fehl am Platz. Die Gesamtkonzeption des Gesetzes läßt erkennen, daß die unmittelbare Einbeziehung des Hintermanns in die Sicherung der dem Strohmann als Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft obliegenden Verpflichtungen nur dort gerechtfertigt ist, wo handgreifliche Interessen der Gesellschaftsgläubiger auf dem Spiel stehen. Für die Nachschußverpflichtung trifft diese Voraussetzung jedoch nicht zu.

3. Nebenleistungs- oder Sonderpflichten

Hat der Strohmann auf Veranlassung seines Hintermanns Nebenleistungspflichten übernommen, so kann sich die GmbH auch hier über den Befreiungsanspruch an den Hintermann halten. Da Gläubigerinteressen nicht berührt werden, besteht kein Bedürfnis, die mittelbare Haftung zu erweitern.

III. Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung

1. Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung

a) Auslegung des § 31 GmbHG

Der Begriff der Lücke setzt voraus, daß der zur Entscheidung anstehende Sachverhalt anhand der vorliegenden rechtlichen Regelung nicht gelöst werden kann. Zunächst muß daher der Anwendungsbereich der bestehenden Normen durch Auslegung ermittelt werden.

Nach § 31 GmbHG richtet sich der Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den "Empfänger" der im Sinne von § 30 GmbHG verbotenen Zahlung. Die Ansichten, wer darunter zu verstehen ist, gehen - wie bei der Darstellung des Streitstandes

bereits erwähnt - ganz erheblich auseinander.

(1) Grammatikalische Auslegung

Der allgemeine Sprachgebrauch unterscheidet zwei Bedeutungen:

Im engeren Sinne ist Empfänger nur derjenige, für den ein Gegenstand nach dem Willen des "Absenders" bestimmt war. Daneben erfaßt der Wortsinn aber auch Personen, die ihn ohne Rücksicht auf dessen Vorstellungen lediglich entgegengenommen haben. Erhält der Gesellschafter allein wegen seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft eine Leistung, durch die der Bilanzwert des Gesellschaftsvermögens unter den Betrag des Stammkapitals absinkt, so fällt er in den Kernbereich des Ausdrucks, denn ihm sollte der Vorteil zufließen. Geht man von der engeren Bedeutung aus, so bleibt der Gesellschafter auch dann Empfänger, wenn er mit der Entgegennahme durch einen Dritten - sei er Zessionar, Vertreter oder lediglich zur Einziehung ermächtigt - einverstanden war. In diesen Fällen leitet er die Leistung um, ohne daß der Absender darauf Einfluß nehmen könnte. Die weitaus überwiegende Meinung legt jedoch den umfassenderen Wortsinn zugrunde. Da der allgemeine Sprachgebrauch beide Lösungen zuläßt, ist die Streitfrage allein durch grammatikalische Auslegung nicht zu entscheiden.

(2) Systematische Auslegung

Ist die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erhalten, so haften für den zu erstattenden Betrag, soweit er zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, "die übrigen Gesellschaf-

ter ..." (§ 31 Abs. 3 GmbHG). Das Wörtchen "übrigen" erhält nur dann einen Sinn, wenn man den Begriff Empfänger mit Gesellschafter gleichsetzt. Sollte die Erstattungspflicht jeden treffen, dem die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende, für den Gesellschafter gedachte Vergünstigung schließlich ausgehändigt wird, so müßte bei dessen Zahlungsunfähigkeit die subsidiäre Haftung logischerweise sämtliche Gesellschafter ohne Einschränkung treffen.

Dieser Interpretation wird man vielleicht entgegenhalten, sie hafte allzusehr am Buchstaben und lasse den Willen des Gesetzgebers, dem - sofern nicht unerkennbar oder durch eine Änderung der Verhältnisse gegenstandslos geworden - der Vorzug sowohl vor der grammatikalischen als auch der logisch-systematischen Auslegung gebührt, außer acht. Dieser Einwand ist jedoch unbegründet; das Ergebnis der systematischen Auslegung entspricht in vollem Umfang der amtlichen Begründung zum Entwurf. "Was die Person des erstattungspflichtigen Empfängers betrifft," so heißt es dort,[27] "kann als solcher nur in Betracht kommen, wer der Gesellschaft noch angehört oder ihr zur Zeit der Zahlung angehört hat, denn das Verbot des § 30 richtet sich nur gegen Zahlungen an die Gesellschafter. Um die Erstattungspflicht zu begründen, wird es aber nicht unter allen Umständen notwendig sein, daß die Zahlung unmittelbar an den betreffenden Gesellschafter erfolgt ist. Auch wenn mit seinem Willen, insbesondere auf Grund einer Anweisung oder Zession desselben, die Zahlung an einen Dritten bewirkt wird, wird der Gesellschafter selbst als der Empfänger im Sinne des Gesetzes gelten müssen."

---

27) AaO., S. 3745 r.Sp.

b) Zwischenergebnis

Da die Erstattungspflicht des § 31 GmbHG nur den Strohmann als Gesellschafter erfaßt, kann der Hintermann, der nicht selbst an der Gründung teilnimmt, zumindest vom herkömmlichen Verständnis des Begriffs "Gesellschafter" ausgehend, in keinem Fall unmittelbar zur Auffüllung des Gesellschaftsvermögens auf den Bilanzwert des Stammkapitals herangezogen werden.[28] Gelangt jedoch die verbotene Zahlung mit Zustimmung des Strohmanns in das Vermögen des Hintermanns, so ist die Haftung des Strohmanns als des Empfängers eine Aufwendung aus dem Innenverhältnis und die Gesellschaft kann aus dem diesbezüglichen Befreiungsanspruch gegen den Hintermann vorgehen. Dabei ist es m.E. ohne Bedeutung, ob der Strohmann den Gegenstand der Leistung zunächst selbst erhält oder ob dieser mit seinem Willen - sei es auf Grund einer Abtretung, Anweisung oder Erfüllung nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB - gleich dem Hintermann ausgehändigt wird.

Anders - wie soeben schon angedeutet - wäre die Rechtslage, wenn der Begriff Gesellschafter im Rahmen des § 30 GmbHG Wolany folgend einer extensiven Auslegung zugänglich wäre. Sicher ist der Inhalt eines Begriffs jeweils im Sinne der Einzelvorschrift zu klären, so daß diesem Weg keine prinzipiellen Bedenken entgegenstehen. Im konkreten Fall scheitert m.E. jedoch eine von der allgemeinen Bedeutung abweichende Interpretation an § 46 Abs. 5

---

28) Die Frage, ob die Haftung nach § 31 Abs. 1 GmbHG ein bestehendes Mitgliedschaftsverhältnis im Zeitpunkt der Erfüllung voraussetzt, berührt das hier angeschnittene Problem nicht direkt. Der Zweck des Rückzahlungsverbots, eine Verminderung der Haftungsgrundlage durch solche Zahlungen auszuschließen, die lediglich auf Grund der Zugehörigkeit zur Gesellschaft gewährt werden, rechtfertigt aber den Standpunkt der herrschenden Meinung, die auf die Gesellschaftserstellung im Zeitpunkt der Begründung der Leistungspflicht abstellt.

AktG. Nach der amtlichen Begründung zu § 39 Abs. 5 des AktG von 1937, ihrem Vorläufer, zielt die Bestimmung darauf ab, Versuchen zur Umgehung der Gründerhaftung entgegenzuwirken.[29] Die Regelung beruht also auf der Überlegung, daß die in den Absätzen 1, 2 und 4 der Vorschrift umrissenen Tatbestände sowohl von den an der Satzungsfeststellung mitwirkenden Gesellschaftern als auch direkt oder auf seine Veranlassung hin vom Hintermann erfüllt werden können, d.h. innerlich insoweit eine unterschiedliche Behandlung der genannten Personen nicht gerechtfertigt ist. Wollte man - vorausgesetzt im Bereich der Erstattungshaftung gemäß §§ 30, 31 Abs. 1 GmbHG sind die Dinge im wesentlichen gleichgelagert - allein die Parallelität in bezug auf die die Haftung auslösende Situation als Kriterium einer extensiven Auslegung genügen lassen, müßte man § 46 Abs. 5 AktG konsequenterweise als eine Vorschrift ausschließlich klarstellender Natur qualifizieren. Da der Regelung unstreitig jedoch konstitutive Bedeutung zukommt, verbietet es m.E. die im Gesetz verankerte Differenzierung, den Hintermann bei der Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung im Wege erweiternder Auslegung des Begriffs Gesellschafter einem solchen gleichzustellen.

Mit der Ablehnung der von Wolany vorgeschlagenen Lösung ist aber die aufgeworfene Frage noch keineswegs entschieden, vielmehr bedarf das Zwischenergebnis nunmehr einer Wertung anhand der Gesamtkonzeption des Gesetzes.[30]

---

29) Vgl. Wolany, aaO., S. 44.

30) Die mittelbare Haftung des Hintermanns im Zusammenhang mit verbotenen Leistungen an einen ihm fremden Gesellschafter wird durch die hier vertretene Auffassung von der Person des erstattungspflichtigen Empfängers nicht berührt.

c) Gesamtkonzeption des Gesetzes

Die Gesamtkonzeption der Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung wird nur dann offenbar, wenn man der Frage nachgeht, warum das Verbot des § 30 GmbHG nur gegenüber den Gesellschaftern besteht und Zahlungen an die Mitglieder der Gesellschaftsorgane oder Dritte nicht erfaßt. Nach Wolany, der das Problem als erster in dieser Form gestellt hat, läßt diese Tatsache zwei - wohl als voneinander unabhängig gedachte - Erklärungen zu. Er schreibt: "Die Antwort kann lauten:

Für sie ist der Garantiefonds nicht bestimmt und dennoch kann er gerade durch sie auf Grund ihrer Befugnisse (Gesellschafterbeschluß) oder auf Grund der mit der 'Eigentümerstellung' verbundenen tatsächlichen Macht, das verwaltende Organ zu beeinflussen (auch wenn keine Ausnutzung vorliegt!), geschmälert werden; ... . Nicht anders wäre es im Ergebnis, wenn man das Verbot dahin erklären würde, daß diejenigen, die den Garantiefonds zugunsten anderer Personen aufbringen, ihn folgerichtig nicht für sich ausnutzen dürfen;"[31] Diesen Ausführungen ist inhaltlich nichts mehr hinzuzufügen. Jeder der von Wolany genannten Gesichtspunkte für sich allein genommen ist jedoch m.E. nur ein Teilargument; zur Rechtfertigung des Rückzahlungsverbots bedarf es beider Momente. Letztlich geht auch Wolany von dieser Überlegung aus, denn die zweite Deutung des § 30 GmbHG begründet eigentlich nur, warum der Garantiefonds nicht für die Gesellschafter gedacht ist.

Der Grundgedanke des § 30 GmbHG geht also dahin, den Garantiefonds der GmbH dem Zugriff derjenigen Personen zu entziehen, die ihn im Interesse anderer aufgebracht haben und gestützt auf ihre finanzielle Beteiligung regelmäßig maßgeblichen Einfluß auf die Verwendung der Haftungsgrundlage nehmen können

---

31) AaO., S.56. Hervorhebungen und Einschübe im Original

Die Kapitalbindung bei der AG ist noch strenger ausgestaltet. Während bei der GmbH lediglich das zur Erhaltung des Stammkapitals notwendige Gesellschaftsvermögen nicht an die Gesellschafter zurückgezahlt werden darf, ist hier eine Rückgewähr von Einlagen schlechthin ausgeschlossen (§ 57 Abs. 1 S. 1 AktG). Solange die Gesellschaft besteht, haben die Aktionäre nur Anspruch auf den verteilungsfähigen Reingewinn, wie er sich aus der Jahresbilanz ergibt (§ 58 Abs. 5 AktG). Was die Sanktionen anbelangt, so geht das Aktienrecht zum Teil eigene Wege. Der Anspruch auf Rückgewähr verbotener Zahlungen in § 62 Abs. 1 S. 1 AktG entspricht der Vorschrift des § 31 Abs. 1 GmbHG. Darüberhinaus "durchbricht" der Gesetzgeber den in § 1 Abs. 1 S. 1 AktG niedergelegten Grundsatz, daß den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht und ordnet mit § 62 Abs. 2 AktG in Höhe der verbotenen Zahlungen die persönliche, wenn auch subsidiäre Haftung des betroffenen Aktionärs an.

Während das AktG den Hintermann bei der Aufbringung des Stammkapitals im sekundären Bereich der Vorschriften über die Sicherung der Einlageverpflichtung ausdrücklich erfaßt, ist dies bei der Erhaltung der Haftungsgrundlage nicht der Fall. Diese Tatsache wirft das Problem auf, ob es sich dabei um eine bewußte Entscheidung des Gesetzgebers handelt mit der Folge, daß eine Haftung des Hintermanns auf diesem Sektor nur unter den Voraussetzungen der auch im GmbH-Recht anwendbaren §§ 117 AktG, 826 BGB möglich sein soll.

Der Sachverhalt läßt zunächst zwei Erklärungen zu:

Dem Gesetzgeber, könnte man einmal sagen, war bereits bei Neufassung des Aktienrechts im Jahre 1937 die Problematik der Strohmanngründung in ihrer

ganzen Tragweise geläufig. Wie § 39 Abs. 5 AktG (1937) zeigt, hat er dort eine Sonderregelung getroffen, wo es ihm notwendig erschien. Soweit dies - wie etwa bei §§ 52, 56 AktG (1937) - nicht der Fall ist, hat er damit bewußt zum Ausdruck gebracht, daß der Hintermann die Stellung eines beliebigen Dritten einnimmt. Für diese Argumentation spricht, daß das neue Aktiengesetz in diesem Punkt nicht weiter geht als die frühere Regelung, obwohl die Fragen im Zusammenhang mit der Strohmanngründung im Anschluß an die Entscheidung des BGH vom 14.12.1959[32] heftig diskutiert wurden.

Die andere Version lautet wie folgt:

Der Gesetzgeber hat anläßlich der Aktienrechtsreformen der Jahre 1937 und 1965 nur den Gefahren Rechnung getragen, die sich bei der Verwendung von Strohmännern für die Aufbringung des Grundkapitals ergeben und daher die Gründerhaftung auf den Hintermann ausgedehnt. Die Tatsache, daß der Hintermann durch Offenlegung seiner mittelbaren Beteiligung die Verwaltung und Verwendung des Gesellschaftsvermögens praktisch in gleicher Weise wie ein Aktionär beeinflussen kann, ist ihm entgangen und hat folglich auch keinen Niederschlag im Gesetz gefunden. Die deliktische Haftung der §§ 101 AktG (1937) bzw. 117 AktG (1965) zielt damit nicht auf diesen Sachverhalt ab.

Diese zweite Argumentation ist m.E. vorzuziehen. Das Problem spielt im Aktienrecht eine geringere Rolle. Wegen der organisatorischen Struktur kommt es dort "nicht so leicht wie bei der GmbH zu unmittelbaren Leistungen verbotener Art an den Hintermann."[33] Dazu kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt, und zwar die bereits in anderem Zusammen-

---

32) BGHZ 31, 258.

33) Wolany, aaO., S. 57.

hang aufgezeigte innere Verbindung zwischen Gründer- und Kollektivhaftung. Da neben § 24 GmbHG auch § 31 Abs. 3 GmbHG zum Ausgleich für den durch die Reduzierung der Gründerhaftung auf den Umfang des § 9 GmbHG geschmälerten Gläubigerschutz geschaffen wurde und das Aktienrecht seit 1937 in dem funktionell der Gemeinhaftung entsprechenden Bereich die Strohmanngründung berücksichtigt, erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß die §§ 30, 31 GmbHG nicht als abschließende Regelung zu bewerten sind.

d) Gesamtkonzeption und Umfang der bestehenden Regelung

Wie schon mehrfach erwähnt, war es für die "Väter" des GmbHG eine Selbstverständlichkeit, daß sich die Gesellschafter auf eigene Rechnung an der Gründung beteiligen. Das Fehlen von Vorschriften, die der Strohmann-GmbH Rechnung tragen, ist daher nicht weiter verwunderlich. Die Gesamtkonzeption bei der Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung erfaßt jedoch auch die besonderen Verhältnisse dieser atypischen Gesellschaftsform. Leistet der Hintermann selbst die vom Strohmann übernommene Einlage an die Gesellschaft oder händigt er dem Strohmann den Gegenstand der Stammeinlage zwecks Weitergabe an die Gesellschaft aus, so zählt er unmittelbar zu den Personen, die das Stammkapital aufbringen. Selbst dann, wenn der Strohmann die Einlage zunächst aus seinem eigenen Vermögen erbringt, geht sie wirtschaftlich nicht zu seinen Lasten; über den Befreiungsanspruch wälzt er sie auf den Hintermann ab. Der Unterschied zu den Fällen, in denen ein Gesellschafter in Höhe der übernommenen Einlageverpflichtung ein Darlehen aufnimmt und der Kreditgeber direkt an die Gesellschaft

leistet oder der Gesellschafter seine Stammeinlage selbst aus dem Darlehen bestreitet, liegt darin, daß das Darlehen in irgendeiner Form zurückbezahlt werden muß, die Einlage wirtschaftlich gesehen den Gesellschafter und nicht einen Dritten trifft.

Der Hintermann ist nicht nur an der Realisierung des Garantiefonds beteiligt, sondern übt nach der hier vertretenen Definition ebenfalls entscheidenden Einfluß auf die Geschäftsführung aus. Da er der Gesellschaft gegenüber seine mittelbare Beteiligung offenlegt, nimmt er über den Kopf des Strohmanns hinweg praktisch die Stellung eines Gesellschafters ein.

Von der Gesamtkonzeption des Gesetzgebers aus wäre daher m.E. eine Regelung zu erwarten, die die Stellung des Hintermanns als des verdeckten Kapitalgebers bei der Erhaltung der Haftungsgrundlage berücksichtigt.

2. Ausfüllung der Lücke

Da das GmbHG eine Regelung vermissen läßt, die den Hintermann in die Haftung auf Grund gesetzlich mißbilligter Vermögensverschiebung einbezieht, handelt es sich auch hier wieder um eine offene Lücke.

Ihre Ausfüllung erfolgt zunächst durch entsprechende Anwendung des § 30 GmbHG als derjenigen Norm, deren Grundgehalt den Schluß auf die Lückenhaftigkeit des Gesetzes zuließ.[34)]

---

34) Die Analogiebasis reicht - wie Wolany, für den jede Form mittelbarer Stellvertretung beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages zur Strohmanngesellschaft führt, zutreffend schreibt - nur soweit, als der Hintermann seine mittelbare Beteiligung der Gesellschaft gegenüber zur Geltung bringt und den Strohmann praktisch aus seiner Gesellschafterstellung verdrängt. Diese Voraussetzung ist nur beim "Manager"-Hintermann im Sinn Wolanys gegeben. Für den "Rentner"-Hintermann, der dem Strohmann lediglich die not-

§ 30 GmbHG ist kein Verbot im Sinne des § 134 BGB und berührt daher die Wirksamkeit der Rückzahlungsverpflichtung und der zu ihrer Erfüllung vorgenommenen Rechtshandlungen nicht. Die Konsequenzen, die sich aus einem Verstoß gegen den Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals ergeben, sind speziell in § 31 GmbHG geregelt. Die Auslegung der Vorschrift hat gezeigt, daß der Erstattungsanspruch der Gesellschaft nach Abs. 1 die Zahlung an einen Gesellschafter voraussetzt, Nach der gesetzlichen Regelung kann also die Leistung nur von solchen Personen zurückgefordert werden, denen gegenüber das Rückzahlungsverbot besteht. Die analoge Anwendung des § 30 GmbHG auf den Hintermann erweitert nun diesen Personenkreis mit der Folge, daß auch er zur Erstattung verpflichtet ist. "Eine Mißachtung seines Willens und der Rechtsgestalt der stillen Stellvertretung steht" mit Wolany gesprochen "nicht in Frage." Der Hintermann, "der im Leben der Gesellschaft seine mittelbare Beteiligung zur Geltung bringt, schafft einen hinreichend klaren Anknüpfungspunkt für seine eigene unmittelbare" Erstattungspflicht.[35] Was den Umfang der Haftung, Verjährung und Erlaß des Anspruchs anbelangt, kommen für den Hintermann die gleichen Vorschriften wie für den Gesellschafter zum Zuge (§§ 31 Abs. 2, 4, 5 GmbHG).

Im Gegensatz zu § 31 Abs. 1 kann § 31 Abs. 3 GmbHG nicht entsprechend auf den Hintermann angewendet werden. Die Kollektivhaftung dient ebenfalls der

---

wendigen Mittel zur Leistung der Stammeinlage anvertraut und sich der Gesellschaft nicht als der eigentliche Gesellschafter präsentiert, trifft die rechtliche Wertung, auf der die Vorschrift beruht, nicht zu. Nach den hier zugrundegelegten Begriffen stellt die zweite Modalität überhaupt keinen Fall einer Strohmanngesellschaft dar.

36) Wolany, aaO., S. 62.

Erhaltung des Stammkapitals, ist aber nicht wie die Erstattungspflicht das unmittelbare Gegenstück der verbotswidrigen Zahlungen. Es handelt sich dabei nicht wie bei § 31 Abs. 1 GmbHG um die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung im weiteren Sinne, "sondern um eine 'Haftung für den zu erstattenden Betrag' auf Grund der rechtsgeschäftlich begründeten Zugehörigkeit zur Gesellschaft."[36] Die Kollektivhaftung entsteht zwar aus Anlaß einer gegen § 30 GmbHG verstoßenden Auszahlung, setzt aber in der Person der Verpflichteten nicht die Verwendung des Garantiefonds für eigene Zwecke voraus. Kommt es also zu verbotenen Leistungen an einen Mitgesellschafter des Strohmanns, so kann die GmbH den Hintermann nur auf dem Umweg über das Innenverhältnis zur Auffüllung des Stammkapitals heranziehen.

In anderem Zusammenhang wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber die Kollektivhaftung nach §§ 24 und 31 Abs. 3 GmbHG als Ersatz für die speziellen deliktischen Haftungstatbestände geschaffen hat, die bei der AG die Ordnungsmäßigkeit des Gründungshergangs auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger sichern. Im Rahmen der Gründerverantwortlichkeit erfaßt das Aktienrecht dabei auch den Hintermann. Seine unmittelbare Einbeziehung in die Kollektivhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG ist ebenso wie bei § 24 GmbHG wegen des grundsätzlich anderen Anknüpfungspunkts der Haftung nicht möglich. Die Funktionsgleichheit (Schutz der Gläubiger) rechtfertigt m.E. jedoch eine analoge Anwendung des § 31 Abs. 4 GmbHG, sobald der Befreiungsanspruch des Strohmanns auf die Gesellschaft übergegangen ist. Die Vorschrift zielt in gleicher Weise

---

36) Wolany, aaO., S. 62.

wie § 19 Abs. 2 GmbHG darauf ab, der Gefahr wohlwollender Regelungen zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger auf Grund einer engen lebensmäßigen Beziehung zu begegnen. Unter den genannten Umständen trifft dieser Zweck auch für das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Hintermann zu.